

# 創 価 法 学

第 48 卷 第 1 号

平成 30 年 7 月

---

論 説

『部族の主権免除の法理』の展開 (3・完)

— アメリカ・インディアン法研究の一助として — …… 藤 田 尚 則 (1)

機械設備における所有権取得期待権 (条件付権利) の譲渡担保

…………… 松 田 佳 久 (27)

カール・マンハイムの「自由のための計画」論における「Order」(上)

— ムート文書に見る知的エリート集団の構想 — …… 山 田 竜 作 (67)

被疑者実名報道と名誉毀損・プライバシー侵害

— 報道機関の見解、司法判断を手がかりに — …… 山 田 隆 司 (87)

研究ノート

自由主義の人間

— R. ポランの政治哲学 四二 — …… 白 石 正 樹 (121)

資 料

「1978年インディアン児童福祉法 (ICWA)」全訳 …… 藤 田 尚 則 (151)

史料翻刻・解題

諸家例叢 [江幡五郎自筆 輯 共二卷] (五) …… 小 島 信 泰 編 著 (177)

---

創 価 大 学 法 学 会

創価法学 第47巻 第2号

論 説

『部族の主権免除の法理』の展開 (1)

— アメリカ・インディアン法研究の一助として — …………… 藤 田 尚 則

最高裁判所調査官制度の再検討

— 批判と反論、改革案を考える — …………… 山 田 隆 司

研究ノート

自由主義的体制と事実上の諸権力

— R. ポランの政治哲学 四〇 — …………… 白 石 正 樹

判例研究

職務質問の現場における留め置きの適法性

— 覚せい剤所持の嫌疑による被告人の着衣及び所持品に対する捜索  
差押許可状の請求準備着手から右令状執行までの間、被告人を職  
務質問の現場に留め置いた措置を違法とした事例 —

覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反被告人事件、平成27年3月4日東  
京高裁判決、破棄自判（上告、後確定）、判時2286号138頁 …………… 岡 本 梢

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(三) …………… 小 島 信 泰 編著

---

創価法学 第47巻 第3号

論 説

『部族の主権免除の法理』の展開 (2)

— アメリカ・インディアン法研究の一助として — …………… 藤 田 尚 則

サブリースにおける更新拒絶と正当事由

— サブリース業者からの更新拒絶、賃貸人による賃借人（サブリー  
ス業者）の地位承継問題も含む — …………… 松 田 佳 久

オーストラリアにおける水利権原の性質と持続可能な水資源管理

— ニューサウスウェールズ州における財産権の取得に関する判例の  
分析を手掛りに — …………… 宮 崎 淳

名誉毀損の成否と「表現の自由」

— 最高裁判所の判断に変化の可能性 — …………… 山 田 隆 司

研究ノート

自由主義国家

— R. ポランの政治哲学 四一 — …………… 白 石 正 樹

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(四) …………… 小 島 信 泰 編著

〈論 説〉

# 『部族の主権免除の法理』の展開 (3・完)

## — アメリカ・インディアン法研究の一助として —

藤 田 尚 則

はじめに

### I 部族の主権免除の法理の形成とその発展

1. 形 成
2. 発 展
3. 小 括 (以上第47巻第2号)

### II *Kiowa* 判決

1. 事実の概要
2. 法廷意見
3. 反対意見
4. 批 判

### III 合衆国議会と部族の主権免除

1. *Kiowa* 判決以前の連邦法
2. *Kiowa* 判決後の合衆国議会による立法の動向

### IV インディアン部族による主権免除の放棄

1. 部族による訴訟提起
2. 部族法等による主権免除の放棄 (以上第47巻第3号)

### V *Kiowa* 判決後の判例の展開

1. 連邦下級裁判所及び州裁判所への *Kiowa* 判決の影響
2. *C & L Enterprises* 判決 — 部族による主権免除の放棄 —
3. *Inyo County* 判決 — 部族の機関 —
4. *Bay Mills* 判決 — 部族-州間紛争解決への州の介入 —

まとめに代えて — 部族の主権免除維持の必要性 — (以上本号)

## V *Kiowa* 判決後の判例の展開

### 1. 連邦下級裁判所及び州裁判所への *Kiowa* 判決の影響

(1) ウッド教授は、その「2013年論文」<sup>211)</sup>の中で *Kiowa* 判決はウェストロー<sup>212)</sup> (Westlaw) の検索結果400件を越える事案において拘束力をもつ先例 (binding

authority) として引用されているとし、ほとんどの裁判所は、インディアン部族は合衆国議会が訴訟を認め、又は部族がその主権免除を放棄した場合にのみ訴訟に服するとする合衆国最高裁判所の明確な指示に従っているが、多くの裁判所は合衆国最高裁判所に主権免除の法理に変更を加えるよう尋ねており、また幾つかの裁判所は当該法理に対して変更を加えてきていると評している。<sup>213)</sup>

(2) ジェフ・M・コセフ (Jeff M. Kosseff) 教授は、その2009年発表の「研究ノート」<sup>214)</sup> で *Kiowa* 判決後の裁判所 (連邦下級裁判所及び州裁判所) は部族によって所有され、及び政府の機能を履行していない利益追求法人 (for-profit corporation) を保護するために一段と部族の主権免除の適用範囲を拡大解釈してきているとし、以下のように説いている。すなわち1998年から同教授の論文発表までの間の *Kiowa* 判決を引用している全ての連邦及び州の裁判所の調査に基づけば、連邦裁判所39及び州裁判所32の計71の裁判所の意見 (以下、「意見」という。) が *Kiowa* 判決を部族所有の商業団体に主権免除を拡大するための主要な理由として引用しており、裁判所はたばこ会社、除雪請負人、ドライブイン、ホテル及び即日発行カードローン会社 (payday loan Company) を含む様々な部族が経営主体である団体 (tribal entity) に免除を認める場合に *Kiowa* 判決を引用してきている。しかし最も中心的な主権免除の受益者は部族が経営するカジノであり、71の意見のうち47のそれが免除を当該カジノ又は当該カジノの従業員に付与している。裁判所は、部族と州との間の「カジノ協定」 (casino compact) が特定の型の権利主張への免除の放棄を明確に規定していない場合、部族が経営するカジノは主権免除を享有すると認定する傾向にある。また保留地の外の当該カジノも、保留地内の当該カジノと同様に主権免除の対象となる。主権免除の適用を受ける権利主張の請求の型も多種多様であり、71の意見のうち27のそれが、職場での差別、ハラスメント及び「育児介護休業法」 (Family and Medical Leave Act) の侵害といった雇用関係をめぐる紛争に主権免除を

---

211) Wood, *supra* note 15.

212) 523 U.S. 751 (1998).

213) Wood, *supra* note 15, at 1606-07.

214) Jeff M. Kosseff, Note, *Sovereignty for Profits: Courts' Expansion of Sovereign Immunity to Tribe-Owned Businesses*, 5 FLA. A & M U. L. REV. 131 (2009).



容認している。21の意見は、部族が経営するカジノで権利侵害された利用者によって訴訟提起された身体への権利侵害 (personal injury) の請求に主権免除を承認している。17の意見は、部族所有の会社と取引を行った会社によって訴訟提起された契約違反、他の意見は著作権紛争、特許権侵害及び「障害を持つアメリカ人法」(Americans with Disabilities Act)<sup>215)</sup> 侵害に関わるものである。以下、幾つかの判例を見ることによって両教授の研究結果を検証してみよう。

## 2. *C & L Enterprises* 判決 — 部族による主権免除の放棄 —

(1) *Kiowa* 判決後合衆国最高裁判所は、建設会社とオクラホマ州のシティズン・バンド・ポタワトミ・インディアン部族との間の当該部族が所有する銀行の建物の建設契約に端を発した紛争について審理した2001年の *C & L Enterprises* 判決<sup>217)</sup>で、合衆国議会が主権免除を廃止するためには明確にその目的を表明しなければならず、部族による放棄もまた明確でなければならないと判示し、部族会社が仲裁条項を含む契約 — 契約の仲裁条項には契約に関して当事者間に生じた紛争又は契約違反については「アメリカ仲裁協会」(American Arbitration Association) が定めた「建設事業仲裁規則」(the Construction Industry Arbitration Rules) に定められた仲裁規定に従って決定しなければならないという文言、及び契約には建設計画が実行される場所の法律(オクラホマ州「統一仲裁法」(the Uniform Arbitration Act)) が適用されるとの文言が入っていた — を締結した場合、当該会社は仲裁者によって到達された決定の実行を求める訴訟から主権免除を放棄しているとした。<sup>218)</sup> しかしこのことは、訴訟が契約の当事者たる会社を相手にのみ提起され得ることを意味し、仲裁条項は当該条項の中で部族自体の明確な放棄が宣言されていない限り、部族の主権免除を放棄していない — 会社の免除のみ — と解される。<sup>219)</sup>

(2) 本判決は、州裁判所及び連邦裁判所において仲裁条項の解釈をめぐって

---

215) *Id.* at 138–89.

216) 523 U.S. 751 (1998).

217) 532 U.S. 411 (2001).

218) *Id.* at 418.

219) PEVAR, *supra* note 59, at 311.

主権免除を放棄したものであるか否かについて判断が分かれていたところ、合衆国最高裁判所が当該条項に統一的解釈を与えるためサーシオレイライを認め、<sup>220)</sup>判決を下したものであって、特別の建設合意の解釈に限定されたものであり、部族の主権免除に関する合衆国最高裁判所の従来の基本的立場に何ら変更を加えたものではない。

### 3. *Inyo County* 判決<sup>222)</sup> — 部族の機関 —

(1) *Kiowa* 判決後、合衆国最高裁判所は当該判決の中で言及した部族の事業について何が部族の主権免除の適用を受ける部族の事業 — Tribal enterprise — を構成するかについて直接的には言及していなかったが、*Inyo County v. Paiute-Shoshone Indians* (以下、「*Inyo County* 判決」という。)において合衆国最高裁判所は「部族の機関」(arm of the tribe) という判断基準を示し、<sup>223)</sup>その後の訴訟に影響を与えていくことになる。また判決は、インディアン部族は「合衆国法律集第42編第1938条」<sup>224)</sup>(以下、「第1983条」という。)にいう「者」(person)に当たらないと判示し、部族による州に対する訴訟提起の方

---

220) See *Sokaogon Gaming Enterprise Corp. v. Tushie-Montgomery Associates, Inc.*, 86 F.3d 656 (C.A.7 1996); *Pan American Co. v. Sycuan Band of Mission Indians*, 884 F.2d 416 (C.A.9 1989); *Val/Del, Inc. v. Superior Court*, 703 P.2d 756 (Ct.App. 1985); *Native Village of Eyak v. GC Contractors*, 658 P.2d 756 (Alaska 1983).

221) 531 U.S. 956 (2000).

222) 538 U.S. 701 (2003).

223) *Id.* at 705 n.1.

224) 42 U.S.C. § 1983 (Civil action for deprivation of rights) Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this

途を狭めていくのである。

(2) 連邦によって承認されたビショップ・パイユート族 (Bishop Paiute Tribe) (以下、「本件部族」という。) は、カリフォルニア州のビショップ・パイユート族保留地 (Bishop Paiute Reservation) に居住している。ビショップ・パイユート族ゲーミング会社 (Bishop Paiute Gaming Corporation) (以下、「本件会社」という。) は、IGRAに基づいて全面的に部族によって所有されるパイユート・パレス・カジノ (Paiute Palace Casino) (以下、「本件カジノ」という。) を管理及び運営している。1999年3月、「インヨー郡保健福祉局」(Inyo County Department of Health and Human Services) (以下、「保健福祉局」という。) は、「州社会福祉省」(State Department of Social Services) (以下、「社会福祉省」という。) から本件カジノの3人の従業員が州の福祉給付 (welfare benefit) の申請について本件カジノにおける稼ぎ高について報告を怠っている旨の情報を受け取った。社会福祉省は、かかる事項を「インヨー地区検事長事務所」(Inyo County Attorney's Office) に転送し、従業員に明らかな矛盾を一致させるよう要求した。2000年2月、地区検事長事務所は、本件カジノに3人の従業員の雇用記録の提出を要求したが、本件部族は部族のプライバシー保護政策からして従業員の同意を得ずして雇用記録の公表はできないと回答した。地区検事長は、相当の理由を示してインヨー郡上位裁判所 (Inyo County Superior Court) か

---

section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia. 本条は、1979年12月29日、州の公務員による憲法上の権利侵害に対して損害賠償を認めるために制定されたものである (Act of Dec. 29, 1979, Pub. L. No. 96-170, §1, 93 Stat. 1284 (codified as amended at 42 U.S.C. § 1983)). なお連邦公務員のコモンロー上の不法行為責任は、1988年11月18日に制定された「1988年連邦公務員責任改善及び不法行為賠償法」(the Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act of 1988) (Act of Nov. 18, 1988, Pub. L. No. 100-694, 102 Stat. 4563) によって否認されている。§2 (b) (Purpose) It is the purpose of this Act to protect Federal employees from personal liability for common law torts committed within the scope of their employment, while providing persons injured by the common law torts of Federal employees with an appropriate remedy against the United States. 連邦公務員の不法行為によって損害を被った者は、FTCAに基づいて合衆国に損害賠償請求を行うことになる。

ら搜索令状を取得した。令状は、3人の従業員の給料支払い名簿について本件カジノの搜索を許可していた。2000年3月24日、インヨー郡保安官 (Inyo County Sheriff) 及び地区検事長は、令状を執行した。部族職員 (tribal official) は、州裁判所は主権を有する部族に帰属する家宅の捜査及び記録の押収を許可する管轄権を欠くと主張した。部族の協力を得られなかった郡保安官と地区検事長が、本件カジノの個人記録がある保管施設の施錠を破壊し、郡職員 (county official) が関連資料多数を押収した。2000年7月、地区検事長事務所は、さらに7人の本件カジノの職員の個人記録の提出を求めたところ、部族はこれに応じている。

本件部族と本件会社は、地区検事長と郡保安官を彼らの個人的地位及び公的地位で (in their individual and official capacities) 被告とし、そしてインヨー郡を被告に加えて合衆国地方裁判所に訴訟を提起した。部族は、合衆国法律集第28編第1331条<sup>225)</sup>及び第1337条<sup>226)</sup>に基づく連邦問題管轄権並びにインディアン問題に関する連邦のコモン・ローを根拠に、連邦法に基づいて州の手続からの主権

---

225) 28 U.S.C. § 1331 (Federal question); The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States.

226) 28 U.S.C. § 1337 (Commerce and antitrust regulations; amount in controversy, costs); (a) The district courts shall have original jurisdiction of any civil action or proceeding arising under any Act of Congress regulating commerce or protecting trade and commerce against restraints and monopolies: Provided, however, That the district courts shall have original jurisdiction of an action brought under section 11706 or 14706 of title 49, only if the matter in controversy for each receipt or bill of lading exceeds \$ 10,000, exclusive of interest and costs. (b) Except when express provision therefor is otherwise made in a statute of the United States, where a plaintiff who files the case under section 11706 or 14706 of title 49, originally in the Federal courts is finally adjudged to be entitled to recover less than the sum or value of \$ 10,000, computed without regard to any setoff or counterclaim to which the defendant may be adjudged to be entitled, and exclusive of any interest and costs, the district court may deny costs to the plaintiff and, in addition, may impose costs on the plaintiff. (c) The district courts shall not have jurisdiction under this section of any matter within the exclusive jurisdiction of the Court of International Trade under chapter 95 of this title [28 U.S.C. §§ 1581 et seq.].

免除の地位にあることを明らかにするため、及び州法はそれが部族の記録の押収を許可する限りにおいて連邦法に専占 (preemption) されることを確立するために差止命令による救済及び宣言的救済を求めた。部族はまた、損害補填賠償 (compensatory damage) を含めて、第1983条に基づく救済を求めた。かかる点に関して部族は、被告は当該部族及び本件会社の修正第4条及び修正第14条の権利並びに部族の自治権を侵害したと主張している。<sup>227)</sup>

2000年11月22日、地方裁判所は、部族の主権免除は本件カジノの個人記録の搜索及び押収を絶対的に排除するものではなく、州と部族との競合的利益を考慮に入れた場合、カリフォルニア州刑法の公平かつ統一的適用の利益が優先するとし、さらに地区検事長及び郡保安官は彼らの個人的地位において訴訟から免除されると判示した。合衆国第九巡回区控訴裁判所は、部族に対する搜索令状の執行は保留地インディアンの法律を制定し、それらによって支配されるという当該インディアンの権利に介入するものであるとして地方裁判所判決を破棄した。控訴裁判所は、地区検事長及び郡保安官は部族の主権免除によって保護されないとし、さらに第1983条に基づく請求は維持され得るとした (Bishop Paiute Tribe v. County of Inyo, 291 F.3d 549 (9th Cir. 2002).<sup>228)</sup>)。

第1983条は、「合衆国の市民又は合衆国の管轄権内にあるその他の者」に対して「州又は準州又はコロンビア特別区の法律、条例、規則、慣習若しくは慣行の装いの下に (under color of )」連邦によって保護される権利を剥奪する「全ての者」 (every person) からコモン・ロー上の及びエクイティ上の救済 (legal and equitable relief) を求めることを認めているところ、合衆国控訴裁判所間でここにいう「者」に部族が当たるか否かに関して判断が分かれていたがため、<sup>229)</sup> 2002年12月2日、合衆国最高裁判所はサーシオレイライを認めた (537 U.S. 1043 (2002))。

(3) ギンズバーグ裁判官が法廷意見を執筆し、スティーブンズ裁判官が結論に同意している。以下、判決要旨である。

---

227) 538 U.S. at 704-06.

228) *Id.* at 707-08.

229) *See id.* at 709 n.5.

当裁判所は、*Will v. Michigan Dept. of State Police* (491 U.S. 58 (1989)) において州は第1983条に基づいて訴訟に従う「者」に当たらないと判示した。すなわち当裁判所は、合衆国議会は第1983条の規定を定めるに当たって「主権免除を含むコモン・ローに基づく確立された免除又は抗弁を覆す意図はなかった。」と判示したのである (*Id.* at 67)。本件は、真正面からこの問題を提示するものではないが、当事者は先住の部族は合衆国の州と同様に第1983条に基づく訴訟に服さないことに同意しており、当裁判所も同じ意見である (*Kiowa* 判決 (523 U.S. 751, 754 (1998))<sup>230)</sup>。本件の極めて重要な争点は、部族が請求者 — 第1983条にいう「合衆国の管轄権内にあるその他の者」 — に資格付けられるか否かにある。当裁判所が他のコンテキストで認めてきたように、救済のための特別の請求を保持し得る第1983条にいう「者」として主権国家が資格を有するか否かは、「『者』という用語のむき出しの分析」に頼るのではなく (*Pfizer Inc. v. Government of India*, 434 U.S. 308, 317 (1978).) (以下、「*Pfizer* 判決」という。)、当該用語が規定された「立法環境」(legislative environment) (*Georgia v. Evans*, 316 U.S. 159, 161 (1942).) (以下、「*Georgia* 判決」という。) に頼らなければならない。従って当裁判所は、*Georgia* 判決で州際通商において出荷されたアスファルトの購入者としての州を交易制限のための「シャーマン法」(the Sherman Act) に基づいて賠償を求める権利がある「者」として資格を有すると判決を下した (*Id.* at 160-63)。同様に *Pfizer* 判決において当裁判所は、抗生物質の購入者としての外国を連邦反トラスト法に基づいて製薬業者を訴える資格を有する「者」にランクづけたのである (434 U.S. at 309-20)。反対に当裁判所は、*Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens* (529 U.S. 765 (2000)) においては、州は「虚偽請求取締法」(the False Claims Act) に基づく刑事的民事訴訟 (*qui tam*) の責任に服さないとした (*Id.* at 787)。

本件において郡が適切な訴訟原因を欠いている、又は令状がその他の点で不備があるといった主張は何らなされておらず、本件部族は郡の刑事手続からの主権免除を唯一主張しているに過ぎない (控訴裁判所は、本件において部族の主権

---

230) *Id.* at 708-09.

免除の主張を認めた。)。第1983条は、政府による浸食から私権を保障することに向けられているのであり、犯罪捜査に関連する証拠の押収を抑える主権国家の特権を押し進めることに向けられたものではない。例えば本件において郡が認めているように、修正第14条違反を主張する部族構成員は、第1983条にいう「者」である。しかし他の私人同様、部族構成員は正当な理由に基づく適切な捜索令状の執行から免除される訳ではない。従って当裁判所は、本件部族は第1983条を根拠に訴訟を提起することはできないものと結論する（第二審判決を取り消し、<sup>231)</sup>事件を差し戻した。）。

(4) 合衆国最高裁判所は、*Inyo County* 判決で部族が管理・運営するゲーミング会社を部族の機関に当たるとして主権免除の対象となるとしたが、何をもって部族の機関に当たるのかの判断基準を明確には示していない。部族の主権免除は、部族が所有する保健機関、住宅供給機関及びカジノに及ぶと説かれるところ、<sup>232)</sup>では何が部族の事業ないし企業に当たるのか、その判断基準をめぐって下級審で争われることになる。

合衆国第九巡回区控訴裁判所は、*Allen v. Gold Country Casino* <sup>233)</sup>（以下、「*Allen* 判決」という。）で部族が所有、管理するカジノが機関に当たるか否かを審理している。本件は、カリフォルニア州にあるベリー・クリーク・ランチェリア (*Berry Creek Rancheria*) のティメ・メイドウ族 (*Tyme Maidu Tribe*) によって所有、経営されているゴールド・カウンティー・カジノ (*Gold Country Casino*) (以下、「本件カジノ」という。) の以前の従業員であるマーク・アレン (*Mark Allen*) <sup>234)</sup> が、解雇を不当であるとして部族及び本件カジノを訴えた事案である。合衆国第九巡回区控訴裁判所は以下のように判示し、部族の主権免除を理由に上訴人アレンの訴えを棄却している。カジノの創設は、部族の援助に基づいてのみ許可されるゲーミング事業を経営するために様々な段階で政府の承認に服してき

---

231) *Id.* at 711-12.

232) Nathalie Martin & Joshua Schwartz, *The Alliance Between Payday Lenders and Tribe: Are Both Tribal Sovereignty and Consumer Protection at Risk?*, 69 WASH. & LEE L. REV. 751, 776 (2012).

233) 464 F.3d 1044 (9th Cir. 2006), *cert denied*, 549 U.S. 1231 (2007).

234) *Id.* at 1045.



た。IGRAは、部族条例及び州との協定を通してカジノを承認することを部族に要求している（合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号）。本件部族とカリフォルニア州は、政府対政府の関係で協定を結んでいる。部族が所有管理するカジノは、単なる収益を得るための部族の事業ではない。このことについてIGRAは、インディアンのカジノの設立と経営は「部族の経済的発展、自足及び強力な部族政府〔の樹立〕」にあるとしている（同第2702条第1号）。IGRAの主要な目的の1つは、「インディアン部族がゲーミング事業の主たる受益者であることを保障するにある。」（同第2702条第2号）としていることである。本件カジノを開設した協定は、カジノが「部族をして自足を促し、部族の経済発展を推し進め、及び雇用並びに部族政府、政府業務及び政府計画を支援する収益を生み出すことを可能とする。」と謳っている。部族がカジノを所有し、経営することによってこれら経済的利益及びその他の利益が部族の有利に働くことに何ら問題は存在しない。カジノの免除は、直接的に主権国家である部族の財政——主権免除一般の歴史的目的の1つ——を保護するのである（*Alden* 判決(527 U.S. 706, 750 (1999))。部族が本件カジノを設立した目的及び部族による所有及び事業の監督の点からして、カジノの機能が「部族の機関」であることに疑いを差し挟む余地はない。<sup>235)</sup>

(5) カジノが争われた事案は、連邦法であるIGRAにおけるカジノの法的位置づけからして何が部族の機関に当たるかの判断基準の考察にとってある意味有益とは言い得ないであろうが、合衆国第十巡回区控訴裁判所はBreakthrough Mgmt. Grp., Inc. v. Chukchansi Gold Casino & Resort<sup>236)</sup>で「多要素基準」(multi-factor test)を示している。管理教育及びコンサルティング業のプロバイダーである本件原告(上诉人)である「画期的管理グループ会社」(Breakthrough Management Group, Inc.) (以下、「BMG」という。)は、2006年8月に合衆国コロラド州地区地方裁判所に訴訟を提起した。チャックチャンシー・ゴールドリゾート&カジノ (Chukchansi Gold Resort & Casino) (以下、「本件カジノ」という。)は、BMGとのライセンス契約に基づいてBMGのオンライン上の管理教

---

235) *Id.* at 1046-47.

236) 629 F.3d 1173 (10th Cir. 2010).



育プログラムの1つである「唯一人ライセンス」(single-person license) に使用料を支払い、プログラムを使用していたが、BMGの主張によれば複数従業員がBMGの許可なくこれを使用し、連邦法上の著作権侵害、商標侵害及び「RICO法」(the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act) (18 U.S.C. § 1962) 侵害を行った。本件カジノは、連邦によって承認されたインディアン部族であるチャックチャンシー・インディアンのピカユー・ランチェリア (Picayune Rancheria of the Chukchansi Indians) (以下、「本件部族」という。) の利益のために経営されている。故にBMGは、本件部族、本件カジノを所有・経営している「チャックチャンシー経済発展局」(Chukchansi Economic Development Authority) (以下、「本件局」という。)、本件カジノ及びプログラムを使用した複数個人に法的責任があると主張した。本件被告(被上訴人)らは、部族の主権免除によって本件訴訟から保護され、連邦民事訴訟規則(the Federal Rule of Civil Procedure) 第12条第b項第1号<sup>237)</sup>に基づいて地方裁判所には事物管轄権がないと主張して、訴え却下の申立てを提起した。地方裁判所は、部族にのみ主権免除を認めた。合衆国第十巡回区控訴裁判所は、本件局及びカジノの訴え却下の申立てを否認した地方裁判所判決を破棄し、事件を差し戻した<sup>238)</sup>(本件における複数個人の法的責任については、これを略す。)。合衆国第十巡回区控訴裁判所は、部族の機関の判断基準について以下のように判示している。経済的実体(economic entity)が部族の主権免除を共有する権利を与えられる部族の従属的(subordinate) 経済的実体として資格付けられるか否かは、経済的実体と部族との間の関係を審理するに際して様々な要因、すなわち①経済的実体の設立方法、②その目的、③部族が経済的実体に対して有する管理の程度を含む経済的実体の機構、所有権及び経営管理、④部族が経済的実体に部族の主権免除を持たせ

---

237) F.R.C.P. §12(b) (How to Present Defenses); Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: (1) lack of subject-matter jurisdiction; (2) lack of personal jurisdiction; (3) improper venue; (4) insufficient process; (5) insufficient service of process; (6) failure to state a claim upon which relief can be granted; and (7) failure to join a party under Rule 19. ....

238) 629 F.3d. at 1176-78.

ようと意図しているか否か、⑤部族と経済的実体との間の財政関係、及び⑥部族の主権免除の目的が当該実体に免除を認めることによってかなえられるか否か（ただし、これに限定されない。）を審理すべきである。これらの考慮要素に基づけば、本件局及びカジノは十分に部族との関係を維持しているが故に部族の主権免除を共有していると言い得る。<sup>239)</sup>

#### 4. *Bay Mills* 判決 — 部族-州間紛争解決への州の介入 —

2014年の*Bay Mills* 判決は、*Kiowa* 判決の流れに沿ったものである — *Kiowa* 判決後、本判決までに4人の裁判官が交代している — が、州による部族に対する法的対抗手段について力説している。

(1) 1988年10月17日、合衆国議会はインディアン土地におけるゲーミング活動を規制する基本的枠組みを定めた IGRA<sup>241)</sup>を制定した (IV-1 (4) 参照)。IGRA は、ゲーミングを第1種から第3種に分類し、特に「第3種ゲーミング」(Class III gaming) について詳細に規定しているところ、それにはカジノゲーム、スロットマシン及びホースレーシングが含まれている。部族は、インディアン土地での第3種ゲーミングを州との間に締結された有効な「部族-州間協定」(Tribal-State compact) に従ってのみ経営することができる (合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号(C))。部族-州間協定は、①当該事業の許可及び規制に直接的に関連し、並びに必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法及び規則の適用、②当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分、③当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定、④州によって相当事業について査定された総額に相当する総額での当該事業へのインディアン部族の課税、⑤契約違反の救済方法、⑥許可を含む当該事業の

---

239) *Id.* at 1181. *See also* Cook v. AVI Casino Enterprise, Inc., 548 F.3d 718, 725-26 (9th Cir. 2008), *cert denied*, 556 U.S. 1221 (2009); Allen v. Gold Country Casino, 464 F.3d 1044, 1047 (9th Cir. 2006), *cert denied*, 549 U.S. 1231 (2007).

240) 134 S. Ct. 2024 (2014).

241) Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-497, 102 Stat. 2467 (codified as amended at 25 U.S.C. § 2701 et seq.).

経営及びゲーミング施設の維持に関する基準、⑦ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項について規定することができ（同第2710条第d項第3号(C)）、合衆国地方裁判所は①部族 - 州間協定を締結する目的でインディアン部族との交渉に入ることを州が怠ったこと、又は当該交渉を誠実に行うことを怠ったことから生ずるインディアン部族によって提起される訴訟原因、②インディアン土地に位置し、及び締結された有効な部族 - 州間協定に違反して経営される第3種ゲーミング事業を禁止するために州又はインディアン部族によって提起される訴訟原因、③本法に定める手続を執行するために内務長官によって提起される訴訟原因に対して管轄権を有する（同第2710条第d項第7号(A)）。IGRAは、インディアン土地について①インディアン保留地の境界内の全ての土地、②インディアンの部族若しくは個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡制限に服すインディアンの部族若しくは個人によって保有され、及びインディアン部族が政府権力を行使する全ての土地権原（land title）をいうと規定している（同第2703条第4号）。

1993年、連邦によって承認されたミシガン・アンド・ベイ・ミルズ族（Michigan and Bay Mills）（以下、「本件部族」という。）は、IGRAに従ってミシガン州（以下、「本件州」という。）と協定（以下、「本件協定」という。）を締結し、インディアンの土地での第3種ゲーミングの経営が認められた。本件協定は、本件部族のテリトリー外での経営を禁止し、当事者間で解決できない契約上の意見の相違をめぐる紛争を解消するための仲裁についてのメカニズムを規定しているが、当該仲裁条項のなかには「この協定のいかなる規定も、部族又は州の主権免除の放棄を意味するものではない。」という規定がある。協定締結後、本件部族は本件州のアッパー半島（Upper Peninsula）に位置する保留地で第3種ゲーミングを運営していたが、2010年に至り、本件部族は保留地から離れること125マイルの本件州のロウアー半島（Lower Peninsula）にある小さな村ヴァンダービルト（Vanderbilt）で他の第3種ゲーミング施設（以下、「本件施設」という。）を開店した。本件部族は、村の財産の購入代金を「ミシガン州インディアン土地請求確定法」（the Michigan Indian Land Claims Settlement Act）（111 Stat. 2652）に基づく連邦予算の利子から調達している。当外確定法に従えば、取得された土地は「インディアンの土地が保有されると同様に保有される。」ことにな

る（第107条a項第3号）。本件部族は、部族のヴァンダービルトの財産はIGRA及び本件協定に基づく「インディアン土地」であると主張している。

これに対して本件州は、本件施設はインディアン土地の外に位置するが故にIGRA及び本件協定に違反すると主張して、新しいカジノ施設の経営の禁止を求めて合衆国地方裁判所に訴訟を提起した。地方裁判所は、本件部族に対する暫定的差止命令（preliminary injunction）を認め、中間上訴（interlocutory appeal）の手续をとった。係争中に本件州は、州法及び連邦コモン・ロー上の請求を加えると同時に、被上訴人に本件部族の職員を加えた。合衆国第六巡回区控訴裁判所は、部族の主権免除が本件州による訴訟を禁じ、合衆国法律集第25編第2710条第d項（A）（ii）は訴訟を認めるものではないとして差止命令を取り消し、本件州は個々人の被上訴人のみを訴えることができるとし、この点について審理するよう地方裁判所に差し戻した（695 F. 3d 406（2012））。合衆国最高裁判所が、サーシオレイライを認めた（133 S. Ct. 2850（2013）<sup>242)</sup>）。

（2）ケーガン裁判官が法廷意見を執筆し、控訴裁判所判決を支持し、事件を差し戻した。判決は、5対4である。ソトマイヤー裁判官（Sotomayor, J.）が同意意見を書き、スカーリア（Scalia, J.）、トーマス、ギンズバーグの各裁判官が反対意見を執筆し、トーマス裁判官の反対意見にスカーリア、ギンズバーグ、アリト（Alito, J.）の各裁判官が同調している。

判決はその冒頭で、本稿でこれまでに扱ってきた過去の諸判例を整理しているが<sup>243)</sup>、本件の争点は①IGRAが部族の州による訴訟からの免除を廃止したものの可否か、②廃止していない場合、部族の主権免除がインディアン土地の外での経済活動に起因する訴訟には適用されないとして *Kiowa* 判決が覆されるべき可否かであった。以下、法廷意見の要旨である。

IGRA は、特に合衆国法律集第25編第2710条第d項第7号（A）（ii）（以下、「第2710条第d項第7号（A）（ii）」という。）において部族の主権免除を放棄しているところ、当該規定はインディアン土地に位置し、及び部族-州間協定に違

---

242) 134 S. Ct. at 2029-30.

243) *Id.* at 2030-32.

244) 文中のIGRAの各条項の規定については、拙著・前掲註163参照。

反して経営される第3種ゲーミング事業を禁止するために州が部族を訴えることを認めるものである。部族の主権免除の放棄の鍵となる用語は、「インディアンの土地に位置する」というそれである。本件訴訟の前提は、インディアンの土地の外のヴァンダービルトの本件施設でのカジノである。部族の主権免除の法理によってヴァンダービルトでのゲーミングを禁止する訴えは、それに対応して第2710条第d項第7号(A)(ii)の適用除外となる。本件州は、本件部族がヴァンダービルトでのカジノを部族自身の保留地の内部から承認し、許可し、及び運営しているというにある。本件州の主張するところは、部族による行政行為も対象は第3種ゲーミングに該当する本件施設での事業であり、当該行政行為がインディアンの土地で行われているが故に、本件訴えは当該ゲーミング事業を推し進めることを禁止するにあるというにある。しかしかかる主張は、2つのさいころを振って同じ目を出すようなものである。蓋しIGRAの数々の規定は、第3種ゲーミングが言葉通りの意味であることを示している。例えば合衆国法律集第25編第2710条第d項第3号(C)(i)は、第3種ゲーミング事業の許可及び規制について規定し、同第2710条第d項第9号は第3種ゲーミング事業の運営に関するものである。これらの成句は、もし第3種ゲーミングがカジノで続くところのものであれば完全に筋が通っている。しかしこれらの成句は、本件州が主張するようにIGRAにいう第3種ゲーミングの経営が現場から離れた許可又はゲームの運営を意味するならば、全ての意味を失うことになる。

また本件州は第2710条第d項第7号(A)(ii)が障害物になっていることから、州がインディアンの土地に劣らず、保留地の外での違法なゲーミングについて部族を訴え得ようIGRAを解釈する総体的方法(holistic method)を採るべきだと主張している。しかし本件州は、その主張を支えるIGRAの特別の法文及び構造の特色を明らかにしてはいない。むしろ本件州は、IGRAの規定から逸脱した変則を強調しているのである。反対に何ゆえ本件州は、合衆国議会が州自身の主権的管轄権に服しているインディアン・カントリーの外ではなくカントリー内での違法なゲーミングに対する連邦の管轄権を州が取得し得るよう承認しないのかについて疑問を呈しないのであろうか。IGRAの歴史及び立案が、何ゆえ合衆国議会が部族を訴える州の権限を第2710条第d項第7号(A)(ii)の規定のように限定したのかという本件州が提示した疑問に明瞭な答えを提供して

いる。合衆国議会は、当裁判所の1987年のCalifornia v. Cabazon Band of Mission Indian (480 U.S. 202 (1987))<sup>245)</sup> (以下、「*Cabazon Band* 判決」という。) に応えてIGRAを採択した。合衆国最高裁判所は、*Cabazon Band* 判決で州はインディアンの土地におけるゲーミングに対する規制権限 (regulatory authority) を欠くとする判決を下した (*Id.* at 221-22) が、インディアン・カントリーの外での部族のゲーミングに対する州の容量の大きな規制権限については完全に州に残したのである。

従ってIGRAにおいて合衆国議会が対処しようとした問題は、インディアンの土地に限定されたのである。IGRAを機能的に解釈した場合、結果として生ずる世界は、本件州が主張するがごとくそこまで不可解なものではない。州がインディアン・カントリーの外において有するインディアン部族又はその構成員に対する権限について考察すれば、自ずと答えが得られるところである。すなわち州は、州自身の土地ではインディアン・テリトリーでは持たないところの部族のゲーミングに対する多くのその他の権限を有している。連邦法が別意に規定していない限り、保留地の境界線を越えるインディアンは一般的に適用可能な州法に従うのである。従って例えば本件州は、なによりも第一に保留地の外でのカジノについて本件部族に許可を否定することができる (Mich. Comp. Laws Ann. §§ 432.206-432.206a (West 2013))。そしてもし、本件部族がそれにも拘らず前に進んだ場合、本件州は部族ではなく部族の職員又は雇用者を相手に許可なしの賭博の差止命令を求めて訴訟を提起し得るのである (§ 432.220; § 600.3801(1)(a)) (公的不法妨害 (public nuisance) としての違法な賭博施設と名指しして)。当裁判所が既に述べてきたように、*Ex part* Young (209 U.S. 123 (1908)) [州の公務員に対する宣言的救済又は差止めを求める訴訟は、当該公務員が違法に行動した場合には州のために行動することはでき得なかったが故に州の主権免除を侵害するものではない。] に類似するものとして、部族の主権免除は違法行為に責任がある部族の職員を含む個人に対して差止命令による救済を求めて訴訟提起を禁ずるものではない (*Santa Clara Pueblo* 判決 (436 U.S. 49,

---

245) 本判決について、拙著・判例研究「Big Lagoon Rancheria v. California, 741 F.3d 1032 (9th Cir. 2014).」創価法学第47巻第1号 (2017年) 135頁～170頁参照。



59 (1978))。民事的救済が不適切であると証明された限りにおいて本件州は、違法な賭博施設を保有する者を訴追する当該州の刑事法に訴えることができる (Mich. Comp. Laws Ann. §§ 432.218, 750.303, 750.309 (West 2001))。要するに本件州が自身の土地で当該州法を実行するために使用し得る手段が、即時に且つ永久的に違法カジノを遮断できるのである。さらに言うべきは、州がインディアンの土地の外でのゲーミングについて部族を訴えたいと真に望むならば、州は主権免除の放棄について部族と交渉できるのである (合衆国法律集第25編第2710条第d項第3号 (C) (v) 参照<sup>246)</sup>)。

本件州が *Kiowa* 判決を覆すべきであると主張するならば、州は相応の理由を示さなければならないところ、州は以下のように主張する。すなわち部族は徐々に保留地の外でのゲーミング及びその他の経済活動に参入し、民間事業というより政府としての資格でそれらの事業を運営している。さらに部族は、経済活動に起因する訴訟からの主権免除を他の主権国家以上に — 例えば合衆国議会は、合衆国内における経済活動について外国の主権免除を制限する立法を制定している (合衆国法律集第41編第1605条第a項第2号) — 享有している。しかし当裁判所は、以下に述べる理由に基づいて *Kiowa* 判決を覆すところではない。当裁判所は、「先例拘束性の原則」 (*stare decisis*) について *Payne v. Tennessee* (501 U.S. 808 (1991)) で「公平で予測可能な、そして首尾一貫した法原則の発展を促し、司法判断への信頼を促進し、また司法手続きへの実践的で説得力ある整合性に貢献するが故に望ましい指針である。」と判示した (*Id.* at 827)。先例拘束性の原則は、法準則が原則に基づいた明瞭な流儀で発展することを保障するのに必要な法の支配の礎石である (*Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265 (1986).)。かかる理由から当裁判所は、法理からの離脱には特別の正当化事由が必要であると常に判断してきた (*Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 212 (1984).)。本件においては、特にそのことが言えるのである。すなわち第一に *Kiowa* 判決は1回限りの事件ではなく、むしろ当裁判所の判決は本件州の主張を退けるために先例の流れを再確認したのである。第二に当裁判所は、その後も2001年の *C & L Enterprises* 判決において *Kiowa* 判決に依拠したの

---

246) 134 S. Ct. at 2033-35.

である(532 U.S. 411, 418 (2001))。第三に部族及び部族との間で事業を行う合衆国全土の団体並びに個人は、*Kiowa* 判決に依拠し、契約を締結し、部族の免除を背景にして取引を組み立ててきた。そして第四に合衆国議会がこの領域で主たる権限を行使し、当裁判所の判断を変更する自由を有している。<sup>247)</sup>

部族免除を制限すべきか否か又はいかにように制限すべきかは、基本的に言って当裁判所の業務ではなく、合衆国議会のそれである。部族が保持する主権についての特別なブランド (brand) — その内容及び程度 — は、合衆国議会の手中にある (United States v. Lara, 541 U.S. 193, 200 (2004); United States v. Wheeler, 435 U.S. 313, 323 (1978) (以下、「*Wheeler* 判決」という。))。当裁判所は、*Kiowa* 判決でかかる合衆国議会の責務を選択し、合衆国議会の役割に従ったのである (523 U.S. at 758)。保留地の外での商業活動に部族免除を認めるべきか否かは合衆国議会が決定すべきであり、そして合衆国最高裁判所は合衆国議会の判断を受け容れなければならないのである。*Kiowa* 判決後合衆国議会は、商業との関係において実質的に部族免除を修正する法案を審議したが、*Kiowa* 判決の破棄を採用するよりも、内務長官の承認を必要とする契約において免除を開示するか放棄するかを部族に求める<sup>248)</sup>はるかに控えめな選択肢を制定することを選んだのである (ITEDCA 参照。)

(3) 以下、スカーリア (*Kiowa* 判決では法廷意見に与していた。)、ギンズバーグ、アリトーの各裁判官が同調したトーマス裁判官の21頁も及ぶ強力な反対意見について見る。

*Kiowa* 判決から16年が経過し、部族の商業活動は激増し〔部族によるカジノ事業が想定されている〕、正当な根拠のない部族免除によって不公平性が生み出されてきている。それにも拘わらず合衆国最高裁判所は、部族免除が誤りであることを合衆国議会への敬讓と先例拘束性の原則を楯に正す機会を拒んでいる。部族免除を保留地の外での商業活動に適用する実体的根拠は存在しない。*Kiowa* 判決が言うように部族主権の免除というコモン・ロー上の法理は、「ほとんど偶然に出来た」法理であり、*Kiowa* 判決自体がこの法理に疑問を呈している (523

---

247) *Id.* at 2035–36.

248) *Id.* at 2037–38.



U.S. 751, at 758)。当裁判所は、部族を彼らの歴史的な主権の限定された属性を保持する「国内の従属国」(domestic dependent nation)と看做してきた(*Cherokee Nation* 判決 (30 U.S. 1 (1981))); *Wheeler* 判決 (435 U.S. 313, 323 (1978))。本件の多数意見は、部族免除を部族が保有してきた主権の属性の1つであると看做している。免除についてのこの根拠は、部族が彼ら自身の裁判所で抗弁として免除を主張する場合は反対の余地は存在しない (523 U.S. at 760)。しかし部族免除の概念は、他の主権国家 — 州 (*Kiowa* 判決の場合のように) 又は合衆国 (本件の場合のように) のいずれか — の裁判所における部族の免除の請求を支持し得ないのであって、むしろ「主権国家による第二の主権国家の裁判所における免除に関する請求は……通例第二の主権国家の法に従う。」(*Id.* at 760-61 (Stevens, J., dissenting); *Republic of Austria v. Altman*, 541 U.S. 677, 711 (Breyer, J., concurring) (2004).) のである。要するにインディアン部族が連邦又は州の裁判所で免除を請求し得るのは、連邦又は州の法律がそれを規定しているからであり、単に部族主権が理由となるのではない。部族裁判所の外では、本件多数意見の主張するところはほとんど説得力を持たない。<sup>249)</sup>

連邦裁判所における独立した外国についての免除は、国際礼讓 (international comity) にその根拠が置かれている。その部族免除との関連性はともかく、礼讓は部族の保留地の外での商業活動に対して免除を拡大適用するに際しては不適合な正当化事由と言わざるを得ない (*Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410, 416 (1979).) (以下、「*Hall*判決」という。)。完全に独立した外国に関してさえ、礼讓は長い間に亘って商業活動のために免除を認めるための十分な根拠としては軽視されてきた。現に合衆国議会は、1976年に「外国主権免除法」(the Foreign Sovereign Immunities Act)を制定し、外国が合衆国内での商業活動に基づく訴訟から免除されない旨を定めている(合衆国法律集第28編第1605条第a項第2号)。さらに言うべきは、根本的に礼讓は他の主権国家の尊厳を尊重する1つの主権国家に関するものである。しかし部族の保留地の外での活動に免除を認めることは、不公平な取扱を受ける主権国家 — 主権が合衆国憲法によって保障されている州 — にとっては無礼である。インディアンの部族が自身のテリトリー

---

249) *Id.* at 2046-47 (Thomas, J., dissenting).

外で商業活動に携わる場合、必然的に主権を有する州の領土内で行動することになる。このことが、「それと反対の明確な連邦法が存在しない場合、保留地の境界線を越えて行動するインディアンは、一般的に他の州民に適用される非差別的州法に従わなければならないと判示されてきた。」(Mescalero Apache Tribe v. Jones, 411 U.S. 145, 148-49 (1973).) ところの理由である。州の領土内での部族行為から生ずる部族に対する全ての訴訟 — 私的訴訟 (本件のように) であろうと州自体による訴訟であろうと — を禁ずるとする準則は、州の領土内のインディアンに対する当該州の規制権限とは対照的である。かかる準則は、州の権限の専占に大きな影響を与えるのである (523 U.S. at 764 (Stevens, J., dissenting))。諸州は、自身の裁判所で他の主権を有する州に免除を認めるか否かを決定し得るところである (*Hall* 判決 (440 U.S. at 760))。 *Kiowa* 判決で部族免除の承認は部族の自足及び自治を促進するにあるとされたが<sup>(523 U.S. at 757)</sup>、多面で *Kiowa* 判決は、経済的なコンテクストにおいて主権免除の法理は部族と取引していることを意識しない者、主権免除を認識していない者、ないし不法行為の被害者のように選択の余地のない者にとって有害となり得るのであり、従ってこれらの状況からして少なくとも包括的準則として部族免除を廃止する必要があるとも判示している (*Id.* at 758)。かかる広範囲に及ぶ免除は、部族主権の範囲を遙かに超えるものである。それは、「部族の自治を保護し、又は内部関係を統制するに必要なもの」 (*Montana v. United States*, 450 U.S. 544, 564 (1981).) に限定されてしかるべきである<sup>(250)</sup>。

部族免除は、当裁判所の *Okla. Tax Comm'n* 判決 (498 U.S. 505 (1991)) で採用され、精鋭化されたコモン・ロー上の法理である。 *Kiowa* 判決以前に当裁判所は、部族の主権免除が保留地の外での商業活動に適用されるとは判断してきてはいない。従って自身が描いたコモン・ロー上の法理についての未解決の問題に直面したならば、 *Kiowa* 判決を審理した合衆国最高裁判所は、選択をしなければならなかった — インディアン部族の営利事業に見合った免除を仕立て上げるか、又は無制限の部族免除を事実上認めるかの選択 — 。合衆国最高裁判所は、後者を選択してしまった。そうすることによって合衆国最高裁判所は、

---

250) *Id.* at 2047-48. (Thomas, J., dissenting).

合衆国議会に従ったのでも注意を払ったのでもなく、むしろ法を創ったのである (523 U.S. at 764 (Stevens, J., dissenting))。何ゆえに合衆国議会が、合衆国最高裁判所が創りだした問題を引受けなければならないのか。連邦コモン・ローの他の領域においては合衆国議会が介入するまでは、我々にかかってくることは我々の誤りを正すことにある(「適用し得る合衆国議会法律が存在しない場合、連邦裁判所は合衆国の権利及び自由に影響を与えるコマーシャル・ペーパーの事案において政府のルールを適合させなければならない」(National Metropolitan Bank v. United State, 323 U.S. 454, 456 (1945)<sup>251)</sup>。)

確かに先例拘束性の原則は望ましい行動方針ではあるが、当裁判所も認めているように「避けられない要請」ではなく、「支配的判決が機能せず、又は広範に理由付けられている (Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 827-28 (1991).) 場合、ないし「経験が先例の欠点が際立った」 (Pearson v. Callahan, 555 U.S. 223, 233 (2009).) 場合、当裁判所は先例に従うよう制約されることはない。<sup>252)</sup> 今日、全国中に展開する数多くの部族が、インディアン土地の内と外の両方で州際間の及び国際的な商業において実質的で且つ成功を得る競争者として出現してきている。部族免除がこの現実に適合しないで残る限り、高度に規制されるべき諸活動における事実上の規制緩和、不法行為の被害者にとっての不公平、そして州と個人との間の軋轢を含む諸問題を招くであろう。*Kiowa* 判決によって打ち出された主権免除の法理を部族ないし部族の機関に適用することによって防ぐことのできない様々な害悪が発生してきている今日の状況下にあつて、*Kiowa* 判決を覆すことには正当な理由がある。先例拘束性の原則に固執することを擁護するために本件多数意見は、「合衆国議会は *Kiowa* 判決を熟考し、判決を維持することを決定してきた。」と述べている。しかしながらかかる主張は、奇妙なそれである。今日まで合衆国議会は、どんな形であろうと部族の主権免除を決して承認してきてはいない。多数意見が真に意味するところのものは、合衆国最高裁判所は行動を控えなければならないということである。蓋し合衆国議会は、*Kiowa* 判決を覆すことなく当該判決を暗に承認してきたに過ぎないからで

251) *Id.* at 2049-50. (Thomas, J., dissenting).

252) *Id.* at 2050. (Thomas, J., dissenting).

<sup>253)</sup>  
ある。

(4) 合衆国最高裁判所は、本件 *Bay Mills* 判決において保留地の外での非インディアンとの契約をめぐる争いに部族の主権免除を拡大適用した *Kiowa* 判決を5対4で維持した。*Bay Mills* 判決は、インディアン・ゲーミングとの関連で部族の主権免除の法理を明らかにしたが、インディアン・カントリーを越えてのインディアン・ゲーミングの管理・経営が全く自由に行えることを結果するものではなかった。判決は、反対に州は①保留地の外でのカジノについて本件部族に許可を否定することができる、②部族ではなく部族の職員又は雇用者を相手に許可なしの賭博の差止命令を求めて訴訟を提起し得る、③民事的救済が不適切であると証明された限りにおいて違法な賭博施設を保有する者を訴追する当該州の刑事法に訴えることができる、④インディアンの土地の外でのゲーミングについて部族を訴えたいと真に望むならば、州は主権免除の放棄について部族と交渉できると述べ、保留地の外でのインディアン・ゲーミングの経営を防止するのに数々の有効な救済手段を有することを明らかにしたのである。

*Bay Mills* 判決は、部族免除の廃止に危惧を抱いていたインディアン部族にとって勝利とも思われるが、判決が州は当該州法に基づいてインディアン・ゲーミングの管理及び運営に携わる部族の被用者である個人を相手に訴訟で争うことができるとしたことは、州と部族との間の紛争の中核を構成する法的問題の解決を州に一任すると言うに他ならない。かかる見解は、合衆国議会が部族の自治及び自決を推し進めている方向性と矛盾し、部族にとって有害な訴訟の提起を招来することになるであろう。<sup>254)</sup> 本判決が上に述べたことを強調したことは、部族の被用者たる個人及び部族にとって潜在的に否定的効果ないし結果をもたらすものである。被告となった個人は、実際上部族に比べて州に対して有効に抗弁する資力を持ち合わせないであろうし、さらに部族は部族の被用者を防護するために訴訟に参加し得ないであろう。かかる点について合衆国ニューヨーク州西部地区地方裁判所は、*Citizens Against Casino Gambling in Erie*

---

253) *Id.* at 2052. (Thomas, J., dissenting).

254) *See The Supreme Court-Leading Cases, Federal Jurisdiction and Procedure*, 128 HARV. L. REV. 291, 301 (2014).

Country v. Kempthorne<sup>255)</sup>において部族は必要的当事者 (necessary party) でなく、それ故に部族と州との協定の有効性に関して私的団体と国家ゲーミング委員会との争いに加わることができないとしている。従って州と個人としての部族構成員との間のより大きな不均衡が、実際に州に対して部族免除がない場合の部族に対する訴訟よりも、部族の権利を追及することに一層の優位性を与えるであろう。たとえ部族が訴訟に参加することができ、その構成員の訴訟費用をカバーし得たとしても、数多くの訴訟が州によって個人を相手に提起された場合、部族の財源を枯渇させるであろう。また部族の被用者の個人責任を認めることは、保留地の外の部族の事業に参加したいと考えている個人に萎縮効果を及ぼすことにもなる。それは、部族の事業開発の努力にも害悪をもたらすことになる。従って州と部族との間の法的紛争の解決を州に一任することは、事業拡大に意欲を持つインディアン部族を挫折させてしまうことになる。<sup>257)</sup>

本判決は、合衆国最高裁判所が連邦及び州の公務員の個人責任に関する従来 of 裁判法理を部族の被用者の個人責任に適用し、部族の主権免除の法理の適用範囲を大きく後退させ2017年4月25日のLewis v. Clarke<sup>258)</sup>と相俟って合衆国議会が連邦の政策として推し進めているインディアン部族の自治及び自決にとって大きなマイナス要因として機能していくことになると考えられる。

### まとめに代えて ― 部族の主権免除維持の必要性 ―

アンジェラ・Ｒ・リーライ (Angela R. Riley) 教授は、部族主権の属性としての部族主権の免除について論じた2007年論文の中で、歴史的にインディアン部族は財政支払能力と闘い、長い間に亘って厳しい財政状況に喘ぎながら貧困に打ちひしがれた保留地でどうにか生き延びてきた。インディアン・ネーションは、部族のコミュニティを守護するために主権免除という防禦手段に大きく依存してきたと<sup>259)</sup>説いているが、他方では既に見てきた *Kiowa* 判決の中で合衆国

255) 471 F. Supp. 2d 295 (W.D.N.Y. 2007).

256) *Id.* at 313-14.

257) *See supra* note 254, at 309-10.

258) 137 S. Ct. 1285 (2017).

最高裁判所は、今日のアメリカ社会の相互依存的で流動的な社会においては、部族免除は部族自治を保護するに必要な範囲を超えている。このことは、部族が我が国の商業活動に参入していることから明らかである。部族の事業は、スキー場、ギャンブル及び非インディアンへの煙草販売に及んでいる。この経済的なコンテキストにおいて主権免除の法理は、部族と取引していることを意識しない者、主権免除を認識していない者又は不法行為の被害者のように、選択の余地のない者にとって有害となり得るのである。従ってこれらの状況からして、少なくとも包括的準則として部族免除を廃止する必要性があると説いている。<sup>260)</sup>

部族の主権免除は、合衆国の現行法制の下で幾つかの側面で部族主権を保障ないし防禦するために重要な機能ないし役割を演じていると考えられる。第一に主権免除は、部族の経費節減に向けて機能している。確かに今日一般にインディアン部族は、連邦政府の様々な援助やカジノ経営によって裕福であるとイメージされている。<sup>261)</sup>しかしカジノ経営で潤っているのは限られた部族であり、大多数の部族は今日でも貧困と戦い、合衆国において最も貧困層に位置付けられているのが現実である。<sup>262)</sup>従って部族政府は、当該部族を現状のまま保持するよう統治する必要性を常に心掛けなければならない。このことを部族の視点からすれば、部族財源から貯蓄が漏れ出るのを防ぐために主権免除の主張に依存する必要性が生ずる。<sup>263)</sup>また多くの部族は州と異なり、部族運営にとって必要とされる諸経費に対応する十分な租税基盤をもたず、部族が収益を上げる唯一の手段は部族が経営する事業に求められる。<sup>264)</sup>かかる事業が、部族政府の義務の履行にとって必要不可欠な存在となってきた。部族の運営維持のための財源と

---

259) Angela R. Riley, *Good (Native) Government*, 107 COLUM. L. REV. 1049, 1109 (2007) (citing, Struve, *supra* note 19, at 168 & n.179).

260) 523 U.S. 751, 757-78 (1998).

261) Dwanna L. Robertson, *The Myth of Indian Casino Riches*, Indian Country Today, April 19, 2017, available at <https://indiancountrymedianetwork.com/news/opinions/the-myth-of-indian-casino-riches/> (last visited Aug. 23, 2017)

262) See Babcock, *supra* note 19, at 1243.

263) Riley, *supra* note 259, at 1109; Limas, *supra* note 16, at 371.

264) See Struve, *supra* note 19, at 169.



なっているこれら事業は、部族の機関として主権免除の恩恵を受ける必要性がある。さらに部族にとっての訴訟に関わるコストは、金銭以上のものがあると言わざるを得ない。部族は、州及び連邦政府が州又は連邦の裁判制度に精通しているのとは対照的に当該裁判制度に不慣れであるところ、部族裁判所の外で訴訟提起することを強いられた場合に構造的に不利益な立場に直面させられるであろう。<sup>265)</sup>

部族の主権免除の第二の重要な機能は、部族裁判所の強化及び発展の促進にある。部族裁判所の管轄権は、通例部族構成員に限られる。すなわち部族は非構成員が関連する非保留地での訴訟上の請求について管轄権を行使し得ず、非構成員は彼又は彼女の同意があった場合にはじめて部族裁判所に訴訟提起される。また部族は、保留地内での非構成員の活動についても一定の場合に管轄権を行使することができない。<sup>266)</sup>かかる理由からして非構成員たる原告にとって自発的に部族裁判所に訴訟を提起する動機は、ほとんど存在しないと言えるであろう。州及び連邦の裁判所ではなく部族裁判所における選択的主権免除の放棄は、部族に対する訴訟を彼ら自身の定めた条件の下で審理され得る方法を部族に提供することになる。部族裁判所に様々な訴訟を審理することを認めることは、部族裁判所裁判官の経験と威信を高めることになる。部族裁判所への訴訟提起を送り込むための手段としての主権免除の利用は、部族裁判所を強化し、<sup>267)</sup>非インディアンとの州裁判所での競争に打ち勝つことを保障することになる。

第三に合衆国最高裁判所は、*LaPlante* 判決で<sup>268)</sup>「部族裁判所は、部族自治にお

265) Florey, *supra* note 28, at 629.

266) *See, e.g.,* Plains Commerce Bank v. Long Family Land and Cattle Co. 554 U.S. 316 (2008); Nevada v. Hicks, 533 U.S. 353 (2001); Strate v. A-1 Contractors, 520 U.S. 438 (1997); Duro v. Reina, 495 U.S. 676 (1990); Montana v. United States, 450 U.S. 544 (1981); Oliphant v. Squamish Indian Tribe, 435 U.S. 191 (1978). *See also* Samuel E. Ennis, Note, *Reaffirming Indian Tribal Court Criminal Jurisdiction over Non-Indians: An Argument for a Statutory Abrogation of Oliphant*, 57 UCLA L. REV. 553 (2009); Nancy Thorington, *Civil and Criminal Jurisdiction over Matters Arising in Indian Country: A Roadmap for Improving Interaction Among Tribal, State and Federal Government*, 31 MCGEORGE L. REV. 973 (2000).

267) *See* Florey, *supra* note 28, at 630.

268) 480 U.S. 9 (1987).

いて極めて重大な役割を演じており（*Wheeler*判決（435 U.S. 313, 332（1978））、連邦政府は絶えず部族裁判所の発展を促進してきた（*See, e.g., Title II of the Indian Civil Rights Act*（25 U. S. C. § 1311(4)）<sup>269)</sup>。）」と判示している。また合衆国最高裁判所は、*Williams v. Lee*<sup>270)</sup>で合衆国議会はインディアン問題に排他的権限を有するところ、合衆国議会の法律が存在しない場合の問題解決の糸口は、州の行為が「インディアンが彼ら自身の法を制定し、及びその法によって統治される」保留地インディアンの権利を侵害しているか否かにある。合衆国議会は、部族政府及び部族裁判所がより強固になり、より高度に組織化されることを意図してきた（「ホイラー・ハワード法」（the *Wheeler-Howard Act*）第16条、第17条（合衆国法律集第25編第476条、第477条）参照<sup>271)</sup>）と判示している。インディアン部族の自治が危機にさらされる場合、主権免除は州法及び連邦法による部族の管轄事項への浸食を回避する具体的な防禦方法として機能することになる<sup>272)</sup>。

（本学法務研究科教授）

---

269) *Id.* at 14-15.

270) 358 U.S. 217（1959）.

271) *Id.* at 220. ホイラー・ハワード法について、拙著・前掲註4、412頁～424頁参照。

272) *See Florey, supra* note 28, at 630.



# 機械設備における所有権取得期待権 (条件付権利) の譲渡担保

松 田 佳 久

## 目 次

1. はじめに
2. 所有権取得期待権とは
3. 機械設備を所有権留保で購入している企業に関するアンケート調査
4. 所有権取得期待権の譲渡担保化における法的諸問題
5. 所有権取得期待権の担保価値と債権回収（具体例）
6. 銀行融資担当者等に対するアンケート調査 — 所有権取得期待権を担保目的物（譲渡担保の設定）とする融資の可否について —
7. おわりに

## 1. はじめに

銀行等の金融機関において、近年、機械設備等を有するが、不動産は有しない企業に当該機械設備等を担保として融資をする ABL（Asset Based Lending<sup>1)</sup>）が地方の金融機関で増えている<sup>2)</sup>。ABL では譲渡担保が利用されている。しかし、機械設備等は高額な場合が多く、所有権留保で購入する企業もある。その場合、当該企業は当該機械設備等の所有権を有しないから、ABL による融資を行えない。なぜなら、譲渡担保権の設定にあっては、当該機械設備の

---

1) ABL の定義は、企業が有する債権（売掛金）や動産（在庫、原材料、機械設備等）を担保に実行する融資の総称（細溝清史＝菅原郁郎監修、金融財政事情研究会編『ABL 取引推進事典』4 頁（金融財政事情研究会、2014））である。なお、ABL の定義はさまざまであり一義的に定まっていない。

2) 竹村秀晃「目利き融資を展開する「攻めの ABL」（その 1） — 石巻信用金庫と石巻日日新聞社の取組み —」信金中金月報 14・1・7-8（2015）

所有権を債権者たる金融機関に譲渡しなければならないからであり、当該機械設備の所有権を有しない企業はそれができない。

そこで、本稿は、不動産の所有はなく、価値ある機械設備を使用しながらもその所有権を有しない企業に対し、金融機関等が融資をする場合のあらたな物的担保として所有権取得期待権を提示するものである。価値ある機械設備とは、汎用性の高い機械設備をいい、具体的には、工作機械、印刷機械、半導体製造機械等（建設機械や車両は含まない）であり、中古市場にあっても一定の経済的価値を有し、処分が可能である。<sup>3)</sup>

また、本稿では、所有権留保における売主を留保売主、買主を留保買主とする。さらに、所有権取得期待権に譲渡担保を設定するのは留保買主であるが、これを単に設定者并表示する場合もある。

## 2. 所有権取得期待権とは

機械設備の分割弁済購入で、所有権留保特約のなされる場合がある。このとき、所有権留保を所有権的構成でみる場合、買主は所有権を有しないが、代金完済すれば当該機械設備の所有権を取得できる期待を有していることになる。<sup>4)</sup> この期待は法的に保護される（民128）。本稿では、この期待を有する者の法的

---

3) 2017年10月13日に機械設備等の大手リース会社である(株)ゴードン・ブラザーズ・ジャパン アセットソリューション部 シニアマネージングディレクター執行役員 堀内秀晃氏および同 藤川快之氏より聴取した。

4) わが国では、後記するドイツと同様、所有権留保については停止条件付所有権移転と解するのが、判例・通説である（田村耕一『所有権留保の法理』269頁（信山社、2012））が、多くの見解は、それは、単なる条件付権利ではなく、ある種の物権的地位が帰属しているとして担保的に構成している。したがって、外部的関係においては、可能な限り担保としての実質に即して法律構成を処理することになる（安永正昭『講義 物権・担保物権法』431-432頁（有斐閣、第2版、2014））。しかし、所有権留保を所有権的構成により判断する限り、留保買主は、条件付権利を有するのであるから、代金完済によって留保売主から目的物の所有権を取得する法構成については、条件付権利であることから説明するのが素直であるし、説得的である。これに対し、所有権留保を担保的構成で捉えた場合は、設定当初より留保買主が所有権を取得しているのであるから、担保権の消滅における付従性により説明することになる。

地位を期待権と呼び、所有権留保売買での留保買主の有する期待権を所有権取得期待権というものとする。留保買主は、期待権者であると共に、代金完済により留保目的物の所有権を取得するという停止条件付権利者でもある。

所有権取得期待権は譲渡が可能である。民法 129 条における「処分」には譲渡も含まれ、これが可能ということは譲渡担保が可能だといえる。つまり、所有権取得期待権を譲渡担保権の対象にできるのである。

なお、ドイツでは、所有権留保における留保買主の有する期待権に物権的な様々な権利が付与されているとして、物権的期待権として保護されており、譲渡担保の対象とすることも可能であり、多くの事例が存在する。<sup>5)</sup>

ところで、所有権留保を担保的構成で捉える場合、留保買主は留保目的物の所有権を取得し、留保売主は「留保所有権」と称する約定の担保的効力を有することになる。<sup>6)</sup> 所有権的構成であったならば、所有権取得期待権の譲渡担保権者となるべき者は、担保的構成の場合にあっては、留保買主の所有する留保目的物に、留保売主の「留保所有権」という約定の担保的効力を先順位とする、後順位の担保的効力であるところの譲渡担保権の権利者ということになる。<sup>7)</sup> つまり、通常の動産の譲渡担保の設定ということになる。そして、機械設備の所有権留保売買を実施しているリース業界では、担保的構成で捉えているようではある。<sup>8)</sup> しかし、そうではあっても、最高裁判決には、所有権が買主に移転せ

---

5) 松田佳久「所有権留保における留保買主の有する物権的期待権の担保化に関する一考察」創法 45・2・87 以下 (2015)。ドイツと同様に所有権留保が発達しているフランスでも、条件付権利は譲渡、差押、相続、担保に供することが可能である (松田・前掲 86)。

6) 松岡久和『担保物権法』377 頁 (日本評論社、2017)

7) 最二小判昭 58・3・18 判時 1095・104。所有権取得期待権は、弁済期後、留保売主によって留保所有権が実行されると、覆滅させられるものであり、譲渡担保権よりも先に對抗要件 (= 間接占有の取得 (柚木馨 = 高木多喜男編『新版 注釈民法 (9) 物権 (4)』745 頁 [安永正昭] (有斐閣、改訂版、2015))) を具備していることから、留保所有権が優先することになる (留保売主の権利が優先することを指摘したものと、田村・前掲 (4) 335 頁がある)。

8) 2017 年 10 月 20 日の昭和リース(株)への聞き込み調査で、リース会社が所有権留保を利用する場合、対象である機械設備の所有権は売買契約により留保買主に移転し、留保売主たるリース会社は留保所有権という約定の担保的効力を有する、すなわち、リース業界では担保的構成で捉えるのが一般的との回答を得た (回答者: 営業本部 営業統括部次長 國田啓介氏、同 内藤佳美氏)。

ず売主に留まるという形式を重視するものもあり<sup>9)</sup>、最高裁が完全に担保的構成に立っているということとはできない。所有権留保は、いわば、商品売買の場面で、買主の代金完済時に所有権の移転時期を先延ばしするものであることから、その実態を重んじ、学説も、所有権的構成に立ち、停止条件付所有権移転と解

---

9) 松岡・前掲注 (6) 377 頁。所有権的構成を採っていると解することができる判例として、最一小判昭 42・4・27 判時 492・55、最二小判昭 44・11・21 判時 581・34、最二小判昭 50・2・28 民集 29・2・193、最三小判昭 55・7・15 判時 972・129 がある。すなわち、前掲最一小判昭 42・4・27、前掲最二小判昭 44・11・21 は、留保買主から留保目的物を買受けた者に即時取得の可能性を認めているから、所有者は留保買主ではないことになる。前掲最二小判昭 50・2・28 は、ディーラーがサブディーラーとの間の自動車売買契約に付した所有権留保特約に基づく留保所有権を権原として、サブディーラーから自動車を買受けたユーザーに対して行った当該自動車の引渡請求につき、権利濫用であると判断したのであるが、この判断からすれば、留保売主たるディーラーが所有者ということになる。前掲最三小判昭 55・7・15 は、自動車の売買契約で、売買代金の 5 分の 1 強を支払っただけで、合計約 720 万円の代金が未済でありながら、留保買主は当該自動車を借入の担保として金融機関に提供し引き渡した行為が、横領罪に当たるものと判断したものである。この場合、所有者は留保売主ということになる。

また、最三小判平 21・3・10 民集 63・3・385 は、担保的構成に立っているように受け取ることができるのかもしれないが、判決内容からすれば、かならずしも完全な担保権として捉えているわけではない。すなわち、駐車場の所有者である X が、駐車中の自動車について、当該自動車の購入代金を立替払して当該自動車の所有権を留保している Y に対し、当該自動車の撤去と駐車場の明渡し等を求めた事案につき、残債務弁済期経過後における留保所有権者の当該自動車の撤去義務を認めたものであるが、完全な担保権であるならば、実行して自己に所有権を取り戻すまでは、撤去義務を負うことはないはずであり、また、弁済期後に実行するか否かは担保権者の自由であるはずなのに、すでに実行して所有権を取り戻しているかのような判断をしているのである。所有権的構成に立っても、弁済期経過後に留保所有権者が完全所有権を有することになるのではない。留保所有権者が留保所有権を実行する（占有・処分権原の行使）と同時に所有権取得期待権とそれに従属する留保買主の使用収益権が消滅し、留保所有権者が完全所有権を行使できるようになるのであって、それは最高裁の判断と整合するものではない。おそらく最高裁は、弁済期経過後は、停止条件不成就の可能性が一挙に高まるとともに、留保所有権者が債権担保に制限されている留保所有権を実行できるようになるのであるから、最高裁は留保所有権者のこの点を重視するとともに、このような事案の場合、留保買主は、行方不明であったり、無資力であったりして、第三者からの妨害排除請求や損害賠償請求に応えることができないことが多いことから、第三者保護のために、いわば政策的に留保所有権者にも撤去義務や損害賠償責任を課したものと思われる（担保的構成に立ったとしても、弁済期経過後に留保所有権者が撤去義務や損害賠償責任を負う

するのが通説であるとされている<sup>10)</sup>。また、本稿は、条件付権利の譲渡担保化を考案するものでもあることから、所有権留保を所有権的構成で捉え、検討することとする。ただし、所有権留保がどちらか一方の構成に確定しているものではない以上、担保的構成についてもみておく必要がある。担保的構成に立った場合の検討結果は脚注に記載する。

### 3. 機械設備を所有権留保で購入している企業に関するアンケート調査

機械設備を所有権留保で購入している企業の割合と、当該企業のうち、所有権取得期待権を担保目的として供するかにつき、インターネットでのアンケート調査を2016年6月17日に実施した<sup>11)</sup>。

所有権取得期待権の内容につき適切に説明した上で、下記の質問を行っている（在庫も調査している）。

「質問1 御社が機械設備や在庫等を所有権留保で購入しているものとした場合、その所有権取得期待権に譲渡担保の設定を受けて運転資金等の資金融資をするとの申し出が銀行からあった場合、それに応じますか？」

はい 89社 (22.3%)                      いいえ 311社 (77.7%)

「質問2 所有権留保で機械設備を購入していますか？」

はい 46社 (11.5%)                      いいえ 354社 (88.5%)

---

点については、政策的な観点から説明されるものと思われる)。なお、弁済期経過後であっても留保所有権が実行されていない以上、留保買主も妨害排除請求の相手方になるし、損害賠償責任も負うことになる。

10) 田村・前掲 (4) 269頁

11) インターネットによるアンケート調査を㈱クロス・マーケティングに依頼した。調査票は、製造業400社の総務担当者に配信。回答者は一般社員が268名(67.0%)、管理職が79名(19.8%)、経営者・役員が2名(0.5%)、派遣社員・契約社員が30名(7.5%)、パート・アルバイト21名(5.3%)である。

「質問3 所有権留保で在庫を購入していますか？」

はい 22 社 ( 5.5 %)                      いいえ 378 社 (94.5 %)

以上、機械設備や在庫を所有権留保で購入しているものとした場合に、融資を受ける際、所有権取得期待権を譲渡担保の目的とすることを承諾するとの回答をした企業が400社中89社あった(約22.3%)。つまり、機械設備を所有権留保で購入している企業は46社(約11.5%)あり(在庫は22社で5.5%)、このうち22.3%たる約10社(在庫では約5社)が、所有権取得期待権の譲渡担保に応ずることになる。

この結果は、所有権取得期待権の譲渡担保化が、企業活動を行う上で、ニーズがあることを示しているものといえる。

#### 4. 所有権取得期待権の譲渡担保化における法的諸問題

所有権留保および譲渡担保は、いずれも担保的効力を有することについては、疑義はないであろう。内容は異なる点もあるが、それは、譲渡担保と所有権留保<sup>12)</sup>が用いられる事案の相違が影響しているだけであり、多くの学説は、所有権留保を個別動産譲渡担保と<sup>13)</sup>パラレルに捉えている。よって、本稿では、所有権留保<sup>14)</sup>に所有権的構成を採用することから、譲渡担保にも所有権的構成を採用し、<sup>15)</sup>

---

12) 田高寛貴「再発見・担保物権法 第10回 譲渡担保と所有権留保」法教424・84(2016)は、相違点につき、次の点を挙げる。まず第1に、貸金債権などの担保として用いられる譲渡担保とは異なり、所有権留保の基本型は、売買代金という目的物の交換価値自体が被担保債権である点である。したがって、清算義務の問題がそれほど顕在化しない。第2に、法形式上における所有権移転の「向き」が異なる点である。所有権留保を所有権的構成で捉える場合、留保売主に何らの物権変動も観念されないことから、対抗要件は問題とならない。

13) 道垣内弘人『担保物権法』367頁(有斐閣、第四版、2017)

14) ドイツにおける譲渡担保の法的構成は所有権的構成と思われる(BGH Urt. 22. Februar 1956 BGHZ 20,88 ; BGH Urt. 24. Juni 1958 BGHZ 28, 16.)。

15) もちろん、所有権留保と譲渡担保とをパラレルに捉えるべきではないとの見解もある。その場合は、所有権留保と譲渡担保とで別構成を採ることも可能性として出てくる。所有権留保と譲渡担保とで別構成を採った場合についても脚注に記載する。



法的諸問題を検討するものとする。なお、このような非典型担保にあっては、今日にあっては、所有権的構成に立つ見解といっても、担保的側面を重視して、設定者にも何らかの物的効力を認めるものであり、私見もそのような立場に属する。私見は次のとおりである。すなわち、所有権留保売買における留保売主には、目的物の所有権が帰属するが、それは債権目的に応じた部分に限られ、残りは留保買主に留保される。したがって、留保買主も目的物に関する物権を有することになるが、それは目的物の所有権の権能のうちの債権担保以外の権能であることから、使用収益権能ということになる。つまり留保買主が債権債務関係上の占有権原を超えて、物権的な占有権原（＝絶対的な占有権原）を有するということになる。そして、この物権的な占有権原は、残代金の完済を停止条件とする条件付権利に従属するのである（私見は、従属する絶対的な占有権原も含めた一体を所有権取得期待権としている<sup>17)</sup>）。所有権的構成における所有権取得期待権はこの私見に基づくものとし、以下、検討する。

### （１）条件成就の効果

留保買主たる設定者（以下、単に設定者とする場合もある）により残代金の支払いがなされた場合、停止条件が成就し、所有権取得期待権者である譲渡担保権者が当該機械設備の所有権を取得することになる。つまり、条件成就まで譲渡担保権者として所有権取得期待権を有していたが、条件成就後は、当該機械設備<sup>18)</sup>の所有権を譲渡担保権者として有することになるのである（民 366 IV類

---

16) 田高・前掲注 (12) 81

17) 松田佳久「所有権留保における物権的期待権概念の必要性 (1)」創法 42・3・47 (2013)、同「所有権留保における物権的期待権概念の必要性 (2)」創法 43・1・75 (2013)、同「所有権留保における物権的期待権概念の必要性 (3・完)」創法 43・2・233 (2013)。留保買主が絶対的な占有権原を有する点は、道垣内弘人教授の見解（同・前掲注 (13) 305、367-368 頁）と同様であり、ドイツでも主張されている（Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 59 Rn. 47 ; Soergel/Henssler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2000, Anh. § 929 Rn. 79 ; Palandt/Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, § 929 Rn. 41（マンフレート・ヴォルフ＝マリーナ・ヴェレンホーファー原著『ドイツ物権法』190頁〔水津太郎訳〕（成文堂、2016）））。

18) 理論的には、留保買主の所有権取得期待権によって担保目的のみに制限された所有権ということになる。

推)。それが、与信担保のために譲渡担保の設定契約をした当事者の推測されるべき意思であろうし、疑義の生じないよう、その旨の合意をしておくことも必要であらう。<sup>19)</sup>

19) 担保的構成の場合、留保売主の留保所有権が消滅することになる。つまり、先順位の担保権が消滅するのである。

また、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、残代金の支払いがなされると停止条件が成就し、留保買主が所有権を取得する。このとき、所有権取得期待権を担保目的物とする譲渡担保から、留保買主の取得した機械設備の所有権を担保目的物とする譲渡担保に移行することになるが、条件成就を停止条件として、譲渡担保権が当該機械設備の所有権を担保目的物とする旨を、設定時に約定しておくことも必要かもしれないが、このような約定がなくとも、民法 366 条 4 項が類推適用され、当該機械設備の所有権が担保目的物になるであらうし、設定当事者の意思でもあらう。

さらに、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合、譲渡担保権者は留保買主から留保所有権負担付きで所有権を取得しており、残代金の支払いがなされると当該留保所有権が消滅することになる。

20) 所有権留保の実行にあたり対抗要件の具備が問題とされた判例がある。それは、前掲最二小判平 22・6・4（以下、平成 22 判決という）と最一小判平 29・12・7 金法 2080・6（2017）（以下、平成 29 年判決という）であり、いずれも別除権として行使できるか否かが問題となった。平成 22 判決は、自動車の購入者から委託されて販売会社に売買代金の立替払をした信販会社が、購入者および販売会社との間で、販売会社に留保されている自動車の所有権につき、これが、当該立替払により自己に移転し、購入者が立替金および手数料の支払債務を完済するまで留保される旨の合意をしていた場合に、購入者に再生手続が開始した時点で当該自動車につき立替払いをした者を所有者とする登録がされていない限り、販売会社を所有者とする登録がされていても、立替払いをした信販会社が上記の合意に基づき留保した所有権を別除権として行使することは許されない、とした。これに対し、平成 29 年判決は、同じ自動車売買につき、所有権留保の合意のなされた事案で、代金債務の保証人が当該代金残債務の支払いをした場合は、法定代位として購入者の破産手続きが開始した場合において、その開始の時点で当該自動車につき販売会社名義の登録がされているときは、保証人は、留保所有権を別除権として行使できるとした。

この二つの判例を併せ考えると次のようになるのではなかろうか。

先に平成 29 年判決から見ていく。平成 29 年判決は、保証人は、法定代位が生じ、販売会社名義で別除権を行使できると判断している。つまり、弁済者たる保証人の求償権確保の必要性の高さゆえに法定代位が生じたのであり、それゆえ債権者たる販売会社の有する権利の一つである留保所有権が当該保証人に移転したのである（民 501 I）。ここでは、留保買主の停止条件成就の効果よりも法定代位が優先する。

その実質的理由としては、自ら代金を完済していない留保買主よりも、当該留保買主



## (2) 対抗要件<sup>20)</sup>

### ①占有改定

機械設備の所有権取得期待権の譲渡担保では引渡しが対抗要件となるが、それも占有を設定者に止めるから、引渡しは占有改定となる。<sup>21)</sup>しかし、この場合、設定者から譲渡担保権者への機械設備の所有権取得期待権の移転あるいは所有権取得期待権における譲渡担保の設定を客観的に確認できない。そのため、設

---

のために保証債務を履行した保証人の方が、要保護性が高いという点、他の担保権であれば法定代位により担保権も移転するのに対し所有権留保の場合にそのような効果が生じないとするのは公平に悖るという点、当事者意思にも合致するという点が挙げられよう。また、法定代位の場合は、すでに留保売主名義で登録がなされていることから、別除権行使のための保証人名義での登録（破 49）は必要ないのである。

一方、平成 22 判決であるが、この事案においても、本来ならば、平成 29 年判決と同様に、立替払いをした信販会社の求償権確保の必要性が高いことから、法定代位が生じ、留保所有権が信販会社に法定移転するはずである。

しかし、その場合、被担保債権は立替払いをした残代金債権のみとなってしまう。そこで、被担保債権を立替金返還請求権および手数料支払請求権とするために、新たな所有権留保を創設する必要があったのである（新たな所有権留保を創設したと捉えるものとして、現代民事判例研究会編『民事判例Ⅱ－2010 年後期』144 頁〔荒木新五〕（日本評論社、2011）、印藤弘二「判批（最二小判平 22・6・4 民集 64・4・1107）」金法 1928・88（2011）、田高寛貴「判批（最二小判平 22・6・4 民集 64・4・1107）」金法 1950・54（2012）、河上正二『担保物権法講義』408 頁（日本評論社、2015）がある）。そのためには、留保所有権を留保売主から信販会社に移転させ、信販会社と留保買主とで新たな所有権留保を創設し、被担保債権を立替金返還請求権および手数料支払請求権にするといった、留保売主も巻き込んだ 3 者間合意をする必要があったのである。ここでは、もはや法定代位に依拠した担保権の実行はできない。なぜならば、所有権的構成に立つゆえに留保所有権は一つしか観念できず、しかも、ここでは、留保所有権は原債権とは別の債権のために利用されてしまったからである。また、平成 22 年判決が別除権として行使する上で立替払いをした信販会社名義の登録を要求するのは、別除権として行使される担保が、法定代位ではなく、新たに創設されたものであるから、権利者として登録する必要があった（民再 45）からである。

- 21) 不動産売買が所有権留保で行われた場合の留保買主の有する所有権取得期待権については、順位保全効のある仮登記をすれば、条件成就後になされた本登記をもって条件成否未定の間になされた中間取得者に対抗できる（於保不二雄＝奥田昌道編『新版 注釈民法（4）総則（4）』647 頁〔金山正信＝金山直樹〕（有斐閣、2015））ことから、仮登記が事実上の対抗要件である。なお、不動産売買では、宅地建物取引業者が所有権留保で不動産を売却することは禁じられている（ただし、不動産を買主に引渡しまでに売買金額の 10 分の 3 を超える支払がない場合は別である。宅地建物取引業法 43 条 1 項）。

定者が当該機械設備を第三者に処分する危険性を有する。第三者も設定者に所有権がない旨を認識できない。もちろん、設定者にその旨を聴取できるが、真実が示されるとは限らない。その時、機械設備は動産であるから、設定者に所有権がないにもかかわらず、第三者が、その処分時に設定者が所有者でないことにつき善意かつ無過失で、占有を平穩かつ公然と開始した場合、当該機械設備の所有権を即時取得する（民 192）。このとき、譲渡担保権者は当該機械設備の所有権取得期待権を喪失し、譲渡担保は無に帰することになる。<sup>22)</sup>

このような結果を譲渡担保権者は是認できない。よって、何らかの対策が必要になる。

## ②ネームプレートの活用

即時取得の成立を防ぐために、ネームプレートを活用するという方法がある。譲渡担保や所有権留保においては、このネームプレートが活用されているようである。

### A. 裁判例に見るネームプレートの活用実態

東京地判平 27・3・4 判時 2268・61 は、所有権留保売買の対象である建設機械（ブルドーザー）における留保売主の対抗要件が問題となった事案である。当該建設機械には所有権留保物件であることを示す、ネームプレートではないが、ステッカーが貼付されており、さらに、販売者であるコマツ建機販売株式会社を第一譲渡人とし、留保売主は、自身を第一譲受人とする譲渡証明書をすでに有しており、それを、留保買主が完済した時点で、留保買主を第二譲受人として連記した譲渡証明書を留保買主に交付することを予定していたとのことであり、これら事情も勘案されて、留保売主は占有改定による対抗要件を具備していたとして別除権の行使が認められた。

また、譲渡証明書の有無につき確認調査をすべきであったとして即時取得が

---

22) もちろん、即時取得の成立する第三者による占有には、占有改定は含まれない（代表的な判例として、大判大 5・5・16 民録 22・961、最二小判昭 32・12・27 民集 11・14・2485）。

23) 担保的構成の場合、即時取得は原始取得ゆえに譲渡担保権は消滅することになる。

認められなかった東京地判平 24・12・28LEX／DB25499312、東京地判昭 56・9・24 判時 1039・81 においても、即時取得を阻止する方法として所有権留保を示すペイントやプレート<sup>24)</sup>の存在を問題にしている。

札幌地苫小牧支判平 23・9・27 判タ 1375・150 は、シール貼付を、所有権留保であることを明示する極めて簡便な手法であり、担保権の存在を明示できるため、容易に留保所有権を実行できるとしている。福岡高判昭 59・3・21 判時 1128・54 は、ネームプレートやシールの貼付がとくに必要なのは、建設機械が新品あるいは製造後 2、3 年以内の場合、割賦払期間が長期にわたることが予想される 1,000 万円を超えるような高価品の場合等割賦金の支払を完了していないことが予想される事由が存する場合には、相手方に販売した者や販売店等に対し所有権留保の有無の調査義務があるが、それ以外の場合、すなわち、同業者の倒産や経営悪化に伴い、当該同業者より購入する場合や売買において譲渡証明書の交付のない場合あるいは当該建設機械が特に高価なものではなく、製造後 3、4 年経過したものなどの場合には売主の所在を調査することさえ困難な場合が多いことから、調査義務を課すことは酷であるし、そのような義務を課すことはできない。それゆえに上記の場合には、所有権留保である旨、つまり留保売主の所有権の所在を示すネームプレートが必要であるとする。

実務においても、所有権を表すシールなどを機械の目立つところに貼付し、所有権を明示するのが通常であるとされている<sup>25)26)</sup>。しかし、所有権留保である旨

---

24) 前掲札幌地苫小牧支判平 23・9・27 事案では、原告である留保売主は、このようなシール等を対象建設機械に貼付していなかったのであるが、原告が、割賦販売等で売却した建設機械に所有権留保物件であることを明示するシール等を貼付することは、ユーザーからの抵抗があることから権利公示方法としては定着していないと主張するのに対し、裁判官は、そのようなシールを貼付する会社も存することを認識しており、さらに、原告が戸外で使用する建設機械においては、シール等が容易にはがれてしまうことから、シール等を貼付する方法は採り得ないなどとの主張に対し、運転席内等の場所にシール等を貼付するなどの方法も採り得るのであるから、原告がシール等を貼付しなかったことは妥当ではなかったとしている。

25) [http://www.jencorp.net/jp/ete/Others\\_BlackList.html](http://www.jencorp.net/jp/ete/Others_BlackList.html)

26) 譲渡担保においても、機械であれば「譲渡担保権者A所有」というネームプレートが取り付けられたり、打刻がなされたりしており（[http://olao.jp/colum/colum\\_81.html](http://olao.jp/colum/colum_81.html)）、在庫の場合には、在庫の棚に「譲渡担保権者A所有」の旨のネームプレートが付

のシールはそれが貼付されている企業の取引先から見た場合、当該企業の資金繰りが悪化しているものと認識されてしまう可能性があることから、見えない位置に貼付する場合もあるようである。<sup>27)</sup>

以上からすれば、「所有権留保である旨」、「所有権者名」等記載のネームプレートやシールは、実務上、即時取得阻止のために欠くことのできない措置だといえるのではないだろうか。

## B. 学説

学説も、機械などの動産において、目的物にネームプレートを付け、所有権留保物件であることを表示する実務が行われていること、そして、特約で留保買主にそれを義務付けることもあることを認めている。<sup>28)</sup>

また、米倉明教授は、所有権留保において即時取得を防止するうえでネームプレートの活用は有力であるとする。すなわち、ネームプレートは、「あたかも対抗要件としての公示方法のごとく、それがあれば第三者を、その善意・悪意・過失の有無を問わず排斥しうる、とは現段階では考えられていない。しかし、そのような効力までは伴わないにしても、通常人ならばこのプレートによって転得を断念するか、あるいは目的物に対する執着が強いのであれば、留保売主に照会するなどして、買取り交渉を進めるであろうし、かりに最悪の転得者があらわれても、その転得者の悪意・有過失を推定する手がかりとして、ネームプレートの効用は大きい」とする。<sup>29)</sup>

これに対し、支持を表明する者は多い。<sup>30)</sup>

---

されたりしており (<https://oshiete.goo.ne.jp/qa/1190059.html>)、これらネームプレートや打刻を確認しないと過失ありとされる可能性があり、その場合は、即時取得不成立となる。

27) 2017年11月28日 ABL協会設立10周年記念シンポジウムにて、(株)ゴードン・ブラザーズ・ジャパン アセットソリューション部 シニアマネージングディレクター執行役員 堀内秀晃氏より聴取。

28) 柚木=高木編 [安永]・前掲注(7) 745頁

29) 米倉明「第1章 ネームプレートの効用 — 公示機能からみたネームプレート —」『所有権留保の実証的研究』8頁(商事法務研究会、1977)

30) 山口忍「所有権留保付建設機械の即時取得」判タ 441・45 (1981)、半田吉信「判批(大

Aでみたように、近時の裁判例においてもネームプレート（あるいはシール）の活用は多くの事案でなされており、ネームプレート（あるいはシール）の貼付を見逃す、あるいは無視することは、転得者の悪意・有過失の認定につながり、即時取得を防止する有力な手段であるといえる。

### C. ネームプレートとその貼付方法

#### a. 所有権留保

ネームプレートとは、所有権留保にあつては、売買の目的物の所有権が留保買主の代金完済まで留保売主に留保されていることをあらわす公示札である。<sup>31)</sup> 米倉教授によれば、ネームプレートの一例として次のものがある。<sup>32)</sup>

本機No.           は、所有権留保約款付売買契約書により、  
売買代金の総額が完済される迄その所有権は売主である〇  
〇〇〇株式会社が留保する。  
平成    年    月    日  
東京都〇区〇〇〇町〇丁目〇番地  
〇〇〇〇株式会社

プレートの材質は真鍮が最適とされ、四隅に1～1.5ミリの穴をあけ、長さ約3ミリ、直径1.5ミリの釘で取り付ける（ポインティング）。接着剤による取付けも考えられるが、稼働中に熱を帯びる機械でははがれる危険があるため、後に証拠が残るポインティングが多用される。なお、プレートが留保買主等によって除去されてしまつては意味がないことから、プレートを焦点にした目的物の写真を撮り、かつ、その撮影日を確定するために、公証人役場に赴き、その写真に確定日付を取得しておくのである。<sup>33)</sup> 貼付場所は、当該機械の製造番号

---

阪高判昭 58・5・31 判タ 504・98) 法時 56・10・125 (1984)

31) 米倉・前掲注 (29) 3頁

32) 米倉・前掲注 (29) 2頁。担保的構成にあつては、プレートの文面は次のようになるであろう。すなわち、「本機 No.    は、所有権留保約款付売買契約書により、売買代金の総額が完済される迄、売主〇〇〇〇株式会社の留保所有権が設定されている。」であり、その下に留保所有権が設定された年月日と留保所有権者の住所・名称が記載されることになる。

33) 米倉・前掲注 (29) 4～5頁

や製造者の記載のあるプレートの付近がよいのではないと思われる。製造番号や製造者の記載のあるプレートは、当該機械の属性を表示するものであることから、機械の処分に当たってはかならず閲覧するものであり、処分関係者は所有権留保のプレートを目にすることができる。この個所での貼付であれば閲覧しそこなうことはないであろうことから、1か所で十分かと思われる。機械設備は所有権留保で購入する場合が多い（「3. 機械設備を所有権留保で購入している企業に関するアンケート調査」参照）ことから、留保買主としても、このようにプレートが見やすい場所に貼付されていても、業績悪化を疑われることはないものと思われる。

#### b. 所有権取得期待権の譲渡担保

所有権取得期待権の譲渡担保については、前記 a におけるプレートと同様の材質および添付の方法で、譲渡担保設定時において直ちに次のことをプレートに明示し、当該機械設備に添付することが必要となろう。<sup>34)</sup>すなわち、①当該機械設備を所有権留保の下で設定者（留保買主）が占有する旨、②所有者名（留保売主名）、③設定者の有する当該機械設備の所有権取得期待権を譲渡担保に供した旨、④譲渡担保権者名、⑤設定者が所有権を取得した場合、所有権が譲渡担保の目的となる旨、である。<sup>35)</sup>

---

34) 動産の譲渡担保では、ネームプレート等の明認方法をもって対抗要件とすべしとする見解が有力に主張されている（吉田真澄「集合動産の譲渡担保（11・完）」NBL247・49-51（1981））。

35) 担保的構成の場合、①当該機械設備に留保所有権が設定されている旨（設定年月日）、②設定者（所有者）名（留保買主名）、③留保所有権者名（留保売主）、④（後順位担保権として）譲渡担保権が設定されている旨（設定年月日）、⑤譲渡担保権者名、となり、このような文面とすることにより、機械設備には留保所有権と譲渡担保が設定されている旨を容易に確認できる。

一方、所有権留保が所有権の構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、①当該機械設備を所有権留保の下で設定者（留保買主）が占有する旨、②所有者名（留保売主名）、③設定者の有する当該機械設備の所有権取得期待権を譲渡担保に供した旨、④譲渡担保権者名、⑤設定者が所有権を取得した場合、所有権が譲渡担保の目的となる旨、また、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権の構成の場合、①当該機械設備に留保所有権が設定されている旨（設定年月日）、②留保所有権者名（留保売主）、③当該機械設備を



このようにすれば、所有権が設定者でない旨、所有権取得期待権を譲渡担保に供している旨が容易に確認でき、それを確認しないで当該機械設備の取引をする第三者は、設定者が所有者でないことにつき善意であっても、有過失とされることになる。過失が認定されれば売買契約を締結しても、即時取得の要件は充足されず、譲渡担保権者の所有権取得期待権は保持されることになる。<sup>36)</sup>

このプレートは、対抗要件ではないが、占有改定といった観念的・不完全な対抗要件では即時取得を防げないことから、「無過失」要件を容易に充足させないための即時取得防止手段として有効である。なぜならば、機械設備の購入を目的とする者はかならず現物を確認するのが実務だからである。このことから、このプレートは占有改定という不完全な対抗要件の補完的機能を有するものといえよう。<sup>37)</sup>

なお、即時取得が成立した場合、譲渡担保権者は、設定者に対し、債務不履行責任あるいは不法行為責任を問うことができる。

### ③統一譲渡証明書の活用

長期の割賦販売の多い高額な建設機械については、日本建設機械工業会の統一譲渡証明書が所有権留保についての公示の機能を果たしているとされている。<sup>38)</sup> この統一譲渡証明書を所有権取得期待権の担保化の一種の公示あるいは即時取得防止手段として応用することが考えられる。以下、この譲渡証明書についてみていくこととする。

---

譲渡担保に供した旨（譲渡年月日）、④譲渡担保権者名、⑤占有者（留保買主名）、ということになる。か。

36) 担保的構成では、所有権取得期待権における譲渡担保権が保持されることになる。

37) このようなプレートの添付は信用悪化の徴憑と捉えられる可能性はある（安永・前掲注（4）398頁脚注5）。しかし、製造業にあって、機械設備が不動産以上に価値を有する場合の多いことは一般認識にまで至っている。したがって、当該機械設備の担保価値を利用して資金を借り受けているとしても何ら不自然ではなく、通常の事業活動において十分にあり得ることであり、その企業の信用悪化に直結するものでないとの認識も醸成されていると思われる。

38) 松岡・前掲注（6）380頁



### A. 統一譲渡証明書制度の趣旨と利用状況<sup>39)</sup>

建設機械は道路運送車両法に基づく登録制度の対象になっていない。また、建設機械は、比較的少額の物件も含めて、所有権留保特約の下に販売されるのが通常である（高価な建設機械の売買にあつては約 95 %が所有権留保でなされ<sup>40) 41)</sup>ているとされる）。

一方、昭和 20 年当時において、新品を購入したユーザーがこれをスクラップになるまで使い切ることはまれであり、下取りまたは転売という形で手離すことが多い。また、新品を購入する能力のない零細ユーザーの間で中古建設機械に対する需要が増大し、これに目を付けた中古建設機械専門の修理、販売業者（再販業者）も出現し、昭和 23 ～ 24 年頃からこのような中古建設機械の市場が徐々に形成されてきたこと、そして、中古建設機械の売買においても、国内のユーザーが買受けるには、ほとんど新品の場合と同様、割賦販売方式がとられていた。このようにして建設機械の流通が活発になるにつれ、関係業者間で所有権の帰属をめぐる紛争が増大し、とくに昭和 43 年頃には、盗品の建設機械を専門に取扱うグループが全国的に暗躍した。そこで、このような紛争を防止し、建設機械の代金が完済されているものであるかどうか第三者にも容易にわかる制度として、昭和 46 年 6 月 1 日に譲渡証明書制度が導入された。この制度は、統一譲渡証明書制度であり、当時の社団法人日本産業機械工業会加盟の国内の有力な建設機械メーカー各社の提案によって創設された。その後、平成 2 年に社団法人日本建設機械工業会が分離独立したのに伴い、同工業会が同事業を承継し、現在に至っている。

この制度は、建設機械の製造業者および当該業者の指定する者が自己から直接買い受けた者に対して、当該買受人の要求によって、統一様式の書面（譲渡

39) 社団法人日本建設機械工業会の統一譲渡証明書規程 (<http://www.cema.or.jp/general/manual/toitujyoto.html>)、前掲東京地判平 27・3・4、前掲東京地判平 24・12・28、前掲札幌地判平 23・9・27、大阪高判昭 58・5・31 判時 1093・87 の事実認定部分を参照。

40) 大阪高判昭 60・5・31 金判 727・27

41) 賦払いの回数は、1,000 万円を超えるような高価な場合を除き、新品の場合、24 回ないし 30 回払い、中古の場合は、10 回払い程度が通常とされている（福岡高判昭 59・3・21 判時 1128・54）。

証明書）を直接交付することにより、同書面の所在および発行の可否を通じて建設機械の所有権の所在を確定する制度である。したがって、所有権留保では、留保買主の手許に譲渡証明書がないことが、その公示の機能を果たすということ<sup>42)</sup>になると解されている。

また、譲渡担保にあっても、譲渡担保権者が設定者（所有権者）から譲渡証明書<sup>43)</sup>の交付を要求する場合があります。ことが裁判例から読み取ることができる。

建設機械については、建設機械抵当法3条1項による登記制度が用意されているが、登記されていない建設機械が譲渡証明書付で譲渡されるのは、現に登記されていないだけでなく、追って登記することも予定されていないからとみなされている<sup>44)</sup>。

ただし、譲渡証明書は、建設機械が譲渡された場合にかならず発行されるものではないが、譲渡証明書の発行されていない建設機械の購入を希望するユーザーは、ディーラーの本社、支店、営業所等に電話をすれば当該建設機械の所有者を確認することができる<sup>45)</sup>ようになっている。また、譲渡証明書におけるその後の譲渡に関する記載は、手形裏書に準じた方法で行うことになっており、再発行は原則として禁止されている。

## B. 統一譲渡証明書制度の慣行化

統一譲渡証明書の業界における利用状況については、社団法人日本建設機械工業会が普及に努め、その結果、業界に普及し、業界の慣行となっているとする裁判例<sup>46)</sup>とそれほど普及していないとする裁判例<sup>47)</sup>とがある。

---

42) 松岡・前掲注 (6) 380 頁

43) 東京地判平 10・5・28 金法 1567・104 は、「Xは、Yとの間で本件担保物件について譲渡担保設定契約を締結するに際し、Yから本件アースドリルの譲渡証明書の交付を受けていない」としている。

44) 東京地判平 4・9・24 判時 1468・108

45) 前掲大阪高判昭 60・5・31

46) 前掲東京地判平 27・3・4、東京高判平 8・12・11 判タ 955・174、千葉地判昭 59・3・23 判時 1128・56、前掲東京地判昭 56・9・24、福岡高宮崎支判昭 50・5・28 金判 487・44。東京地判昭 61・11・27 金判 774・46 は、取引慣行になっているとの文言はないものの、統一譲渡証明書制度の創設後、社団法人日本建設機械工業会の承継元である

東京地判昭 58・5・12 判タ 506・106 は、少なくとも販売業者間においてはかなりの程度その趣旨が浸透しているとするが、中古建設機械の取引を行う販売業者間や、使用者がこれを紛失したまま再発行されずにいるにもかかわらず転々と譲渡されている例がまれではなく、また、代金が完済されているにもかかわらず譲渡証明書が発行されていない場合にその発行を製造業者に求めても時間がかかる等のことから迅速な取引に間に合わないという理由で、販売業者間でその所有権の帰属を証明するため、販売業者独自の譲渡証明書を発行する例があることなどから、統一譲渡証明書制度はいまだ取引業界に十分に定着し実行されているものと即断できないとしており、この裁判例からすれば、統一譲渡証明書制度の認知は業界においてなされているが、取引慣行というほどには至っていないということになる。

いずれが実態であるかは判然としないが、中古品については、同業者の倒産や経営悪化に伴い、当該同業者より購入する場合もあり、この場合には、売主の所在を調査することさえ困難な場合が多く、また、売主が分かったとしても

---

社団法人日本産業機械工業会によって、パンフレットの作成や定期的に新聞広告がなされ、専門業者には内容証明郵便による告知がされるなどして、周知がなされているとしている。

47) 広島地呉支判昭 47・11・27 判時 705・93。前掲札幌地苫小牧支判平 23・9・27 は、平成 14 年から平成 19 年までの間に、Y が日立建機及びその関連会社である日立建機トレーディング株式会社（以下「日立建機トレーディング」という。）に対して販売した建設機械は 740 台であったところ、譲渡証明書の交付を求められたものはないこと、平成 14 年 6 月から平成 21 年 9 月までの間に、Y が日立建機、日立建機トレーディングおよび日立建機の関連会社である株式会社レック西日本外 2 社から購入した建設機械は 1,582 台であったところ、Y が同証明書の交付を要求したのは 5 台のみであったことが認められ、これらの事情にかんがみると、多数の建設機械の取引を行っている X およびその関連会社と Y との間においても、同証明書はほとんど利用されていないものと認められる。日立建機および X における譲渡証明書の発行率は、約 9.4 パーセントにとどまる。これらの事情にかんがみると、譲渡証明書は、実際の建設機械の取引において、ほとんど利用されていないものといわざるを得ない、とする。大阪地判平 21・7・16 判タ 1323・199、前掲福岡高判昭 59・3・21 は、中古の建設機械の売買において譲渡証明書がないまま取引がなされることも相当程度ある、とする。前掲大阪高判昭 58・5・31 は、昭和 50 年当時において、統一証明書制度の趣旨はかならずしも業界全体には浸透していないとし、その理由として、代金が完済されたにもかかわらず、買主の要求がないなどの理由により譲渡証明書の発行がなされていないからだとする。

販売店名まで明らかになるとは限らず、販売店名が判明しない場合には多数の販売店をしらみつぶしに調査することが必要となる。また、売買において譲渡証明書の交付のない場合、当該建設機械が特に高価なものではなく、製造後3、4年経過したものであれば、譲渡証明の所在も判明しないことが多いとされている<sup>48)</sup>。

### C. 建設機械抵当法における登記との関係

建設機械については、建設機械抵当法3条1項による登記制度が用意されており、当該建設機械の所有権および抵当権の得喪および変更は建設機械登記簿に登記をしなければ、第三者に対抗することができないとされている（建設機械抵当法（以下、建設機械と表示する）7条）。しかし、このような登記をするには、あらかじめ、当該建設機械につき、国土交通大臣の行う記号の打刻または既に打刻された記号の検認を受けなければならず（建設機械41）、かなりの時間と費用がかかることもあり、また、建設機械の所有権保存の登記後30日以内に抵当権（以下、根抵当権も含む（建設機械24の2））設定の登記がされないとき、または抵当権の登記が全部まつ消された後30日以内に新たな抵当権設定の登記がされないときは、登記官は、当該建設機械の登記用紙を閉鎖しなければならない（建設機械8）とされていることから、建設機械抵当法における登記は抵当権の設定を前提とした登記であり、抵当権の設定をせずに建設機械の譲渡だけを行う場合には利用できない登記制度といえよう。

### D. 学説

統一譲渡証明書制度の趣旨を重視し、建設機械の売買において、所有権の移転が売主から買主に対して適切になされたか否かを裁判等にて判断するにあつ

---

48) 前掲福岡高判昭59・3・21。しかし、中古の建設機械の売買やリースを行う昭和リース㈱では、専門業者の立場として、かならず譲渡証明書を徴求しており、譲渡証明書の無い物件は取り扱うことはしていないとのことであり、譲渡証明書は審査の際に建設機械の商流を確認するための審査資料として必要なものと考えており、所有権を主張するための必要な証拠と捉えているとする（2017年11月28日 営業統括部 國田啓氏よってメールにて回答）。

て、譲渡証明書を所持しない売主は当該機械について無権利者であることが推定される<sup>49)</sup>として、買主による所有権取得を否定する論拠になるとする見解、また、即時取得に焦点を当て、譲渡証明書の交付を受けなかった買主が専門家であるときは、売主が所有権を有しているか否かにつき調査を怠った場合は過失が認定される余地がある、すなわち、統一譲渡証明書制度の存在を知悉しているまたは知りうべき専門家には当該証明書の呈示請求義務または所有関係の調査義務を課するべきであるとする見解がある<sup>50)</sup>。

そして、所有権留保については、前述したように、留保買主の手許に譲渡証明書がないことが、その公示の機能を果たしている、との主張がなされている<sup>51)</sup>。

以上より、学説はこの統一譲渡証明書制度を肯定的に捉えている。留保買主の譲渡証明書の不存在自体は、外部から認識できるような一定の外形を有するものとはいえないので、公示ということはできないが、それにもかかわらず、あえて「公示の機能」を持つと評する主張のある点は、即時取得の阻止手段としての評価の高さを示しているものといえる。

## E. 所有権取得期待権の譲渡担保と統一譲渡証明書制度の活用

以上、統一譲渡証明書につき検討をしてきた。実務界においては、裁判例を見るに、普及しているとするものとそうでないとするものがあるが、少なくとも、所有権の帰属に関する裁判においては、十分な証拠となっており、大手リース会社にあつてはかならず統一譲渡証明書の存在を確認するし、統一譲渡証明書のない物件については取り扱わないとする実務が行われている現実（注48参照）があり、学説も即時取得の阻止手段としての有効性を指摘するところでもあるから、所有権取得期待権の譲渡担保においても、統一譲渡証明書と同様あるいは類似の制度が設けられれば、その有用性は高いものと思われる。もちろんその対象は建設機械だけではなく、すべての機械設備について設けることが必要になる<sup>52)</sup>。

---

49) 山口・前掲注 (30) 43

50) 半田・前掲注 (30) 124、増田薫則「判批（東京地判平 10・5・28 金法 1567・104）」金判 1286・114（2008）

51) 松岡・前掲注 (6) 380 頁

たとえば、筆者の提案であるが、次のものはどうであろうか。すなわち、社団法人日本建設機械工業会の作成した書式をそのまま使い、所有権留保売買がなされたときには、留保売主は、譲渡証明書の譲受人欄に日付と「(留保買主)」を記載し、当該欄に留保買主から署名（氏名（会社名））・押印（社印）をもらう。留保買主が所有権取得期待権を譲渡担保に供した場合には、留保売主は留保買主よりその旨の報告を受けるとともに、留保買主の次の欄に日付と「(譲渡担保権者)」を記載し、当該欄に譲渡担保権者から署名（氏名（会社名））・押印（社印）をもらう。留保買主から譲渡担保に供した旨の報告を受けるのは、第三者が譲渡担保権の設定を受けていないにもかかわらず、譲渡担保権の設定を受けた旨の虚偽の報告を防ぐためである。また、留保売主が譲渡担保権の設定された旨を知ることになるが、やむをえまい。いずれにしても譲渡担保権者は第三者弁済の機会を確保するために、留保買主の債務不履行の通知を受けるべく、留保売主と合意することから（4（8）参照）、結局、留保売主はその事実を知ることになる。

建設機械譲渡証（記載例：筆者案）<sup>53)</sup>

機械名	メーカー名（製造会社）
型式	製造番号

52) 統一譲渡証明書制度は、所有権留保を所有権的構成で捉えているものではある。担保的構成にあつては、所有権が留保買主に譲渡されているという実態でありながら、いまだ譲渡がなされていないものとして留保売主が統一譲渡証明書を留保買主に交付していないことになる。このように実態と外形が異なることにはなるが、留保売主による統一譲渡証明書の不交付（いわば、留保買主が統一譲渡証明書を所持していないこと）が、留保売主が担保権たる留保所有権の権利者であることを示すものになるのである。

外形と実態が異なる点は、動産・債権の譲渡担保に利用される動産及び債権の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律による譲渡登記にもいえる。譲渡担保を担保的構成で見た場合、この登記も外形と法構成が異なることになる。しかし、そうであっても、このように外形に合致した公示を有してさえいれば、対抗力を得るものとされている。このことからすれば、担保的構成で捉えた所有権留保にあつても、法実態とは異なるものの、外形と合致している一定の態様をもって、留保所有権の存在の証明と考えても容認されるものといえよう。

53) 頭書には、機械名、メーカー名（製造会社）、型式、製造番号を記入する。

## 譲受人

平成30年 1月25日	A株式会社	東京都千代田区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
平成30年 4月5日	（留保買主） B株式会社	東京都新宿区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
平成30年 5月10日	（譲渡担保権者） 株式会社C銀行	東京都渋谷区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）

上記の記載例で、たとえば、留保買主（B株式会社）が弁済期限までに残代金を完済すると、留保売主（A株式会社）は留保買主欄の年月日を残代金完済時に書き換え、「（留保買主）」と譲渡担保権者欄の記載すべてを二重線で消し、譲渡証明書をB株式会社に交付することになる（例：平成30年6月10日完済）。ここでは、譲渡担保権の対象は、留保買主による代金完済とともに、機械設備の所有権が変わることになる。

平成30年 1月25日	A株式会社	東京都千代田区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
<del>平成30年</del> <del>4月5日</del> 平成30年 6月10日	<del>（留保買主）</del> B株式会社	東京都新宿区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
<del>平成30年</del> <del>5月10日</del>	<del>（譲渡担保権者）</del> <del>株式会社C銀行</del>	<del>東京都渋谷区</del> <del>〇〇町〇丁目〇番</del> <del>〇号</del>	<del>押印（社印）</del>

また、B株式会社が残代金債権につき債務不履行を生じた場合には、A株式会社が譲渡担保権者（株式会社C銀行）より第三者弁済を受け、残代金債権が消滅すると、A株式会社は譲渡担保権者欄の年月日を第三者弁済時に書き換え、留保買主欄の記載すべてと、譲渡担保権者欄の「（譲渡担保権者）」を二重線で



消した上で、譲渡証明書を株式会社C銀行に交付することになる（例：平成30年6月15日完済）。

平成30年 4月25日	A 株式会社	東京都千代田区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
<del>平成30年 4月5日</del>	<del>（留保買主） B 株式会社</del>	<del>東京都新宿区 〇〇町〇丁目〇番 〇号</del>	<del>押印（社印）</del>
<del>平成30年 5月10日</del> 平成30年 6月15日	<del>（譲渡担保権者）</del> 株式会社C銀行	東京都渋谷区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）

なお、B株式会社が株式会社C銀行に譲渡担保権の被担保債権を弁済期限までに弁済した場合（例：平成30年7月10日完済）、譲渡証明書の譲受人欄は次のようになり、譲渡証明書は株式会社C銀行からB株式会社に交付されることになる。

平成30年 4月25日	A 株式会社	東京都千代田区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
<del>平成30年 4月5日</del>	<del>（留保買主） B 株式会社</del>	<del>東京都新宿区 〇〇町〇丁目〇番 〇号</del>	<del>押印（社印）</del>
<del>平成30年 5月10日</del> 平成30年 6月15日	<del>（譲渡担保権者）</del> 株式会社C銀行	東京都渋谷区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）
平成30年 7月10日	B 株式会社	東京都新宿区 〇〇町〇丁目〇番 〇号	押印（社印）

上記内容からわかるように、私案では、留保売主が残代金完済までは譲渡証明書を所持し、留保買主からの情報（所有権取得期待権を譲渡担保に供した旨）

を当該譲渡証明書に反映させるなど、インフォメーションセンター的な役割を果たすことになる。そして、留保売主は当該譲渡証明書に署名押印をもらう必要から、譲渡担保権者と接触をもつことになる。

所有権留保売買である旨および所有権取得期待権に譲渡担保権が設定された旨が一枚の譲渡証明書に示されることになり、対象機械設備に関する情報が一瞥できるという利便性がある。<sup>54)</sup>

ところで、この譲渡証明書制度の活用だけではなく、②C bに挙げたプレート<sup>55)</sup>も併用すれば即時取得の防護方法としてより強いものとなり得る。

### (3) 留保売主による処分

留保売主は機械設備の所有権を有することから、代金完済による停止条件成就前に当該機械設備を処分する可能性がある<sup>56)</sup>。この場合、譲渡担保権者と中間取得者との当該機械設備の所有権取得の優劣が問題となる。

ここでは、留保売主が所有権を有するから第三者たる中間取得者への所有権移転は有効である。しかし、その処分は、譲渡担保権者の有する所有権取得期待権負担付での処分となり、所有権取得期待権が条件成就により実現した場合、譲渡担保権者が所有権を取得することになる。このような結果になるか否かについては、中間取得者の対抗要件具備と、留保買主による所有権取得期待権、すなわち、条件付権利の対抗要件具備との先後によって判断されることになる。<sup>57)</sup>

54) 担保的構成の場合、複数の譲渡担保権の設定が考えられる。しかし、実行権限は後順位譲渡担保権者の取得する権利には含まれないとするのが判例（最一小判平18・7・20民集60・6・2499）である。そうであるならば、事実上、第一順位の譲渡担保権者のみが譲渡担保権としての効力を保持するものといえるから、担保的構成であっても、実行力のある、すなわち、第一順位の譲渡担保権の権利者のみが、譲渡証明書に記載されることになる。

55) 担保的構成の場合、このプレートによって、第一順位以外の譲渡担保権者間の優劣を表示することができる。

56) このような処分を中間処分といい、中間処分により目的物を取得した者を中間取得者という。

57) 譲渡担保の設定は留保買主から所有権取得期待権の譲渡を受けることによりなされるものであるから、譲渡担保権を中間取得者に主張できるためには、留保買主が所有権取得期待権、すなわち、条件付権利の対抗要件具備を中間取得者のそれよりも先になして

留保買主が留保売主より目的物たる機械設備の引渡しを受けることにより対抗要件を具備するの<sup>58)</sup>に対し、中間取得者は、留保買主が所有者たる留保売主の占有代理人として当該機械設備を占有しているとし、留保売主が留保買主に対し以後中間取得者のための占有を命じ、中間取得者がこれを承諾するという指図による占有移転（民 184）で対抗要件が具備されることになる。これら引渡し<sup>58)</sup>の具備の先後によって優劣が判断される。

なお、留保買主の対抗要件の具備が先であったとしても、中間取得者に即時取得が成立する場合は、完全所有権を原始取得することになる。

ところで、留保売主・留保買主間で、留保売主による処分禁止の合意のなされる場合が多いであろう。処分禁止の合意に反して、留保売主が勝手に処分をしてしまった場合は、留保買主は留保売主に対し契約違反に基づく損害賠償請求をなすことができる。

また、②C b のプレートの機械設備への貼付、または③E の譲渡証明書制度（私見の提案）の活用、あるいはその両者を行っていれば、即時取得を容易に防ぐことができる<sup>59)</sup>。

---

いることが必要となる。なお、松田佳久「条件付権利の担保化を考える－機械設備における所有権取得期待権の譲渡担保化を中心として」NBL1102・80 左段下から 10 行目から右段上から 1 行目（2017）では、対抗要件具備の先後関係を中間取得者と譲渡担保権者間において判断するとしているが、これを中間取得者と留保買主との間において判断するものと変更する。

58) 於保＝奥田編〔金山正信・直樹〕・前掲注（21）642 頁

59) 担保的構成の場合、設定者が所有権を有することから、留保売主は当該機械設備を処分することはできない。この場合、中間取得者が完全所有権を取得できるかについては、ひとえに、即時取得の成否にかかっている。

一方、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、留保買主の所有権取得期待権の対抗要件具備後においてなされた留保売主による第三者への処分は、譲渡担保権の設定されている所有権取得期待権の負担付での処分となるが、その後、代金完済により設定者たる留保買主が当該機械設備の所有権を取得する（このとき第三者の権利は覆滅する）とともに、当該機械設備そのものの上に譲渡担保権が存続することになる。なぜならば、設定者が所有権を取得した場合に所有権が譲渡担保の目的となる旨の合意がなされるからである。ただし、このような合意がなくとも、民法 366 条 4 項が類推適用され、当該機械設備の所有権が担保目的物になるであろうし、それが設定当事者の意思でもあろう。

また、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合、所有権は譲渡担

#### (4) 留保買主による所有権取得期待権の二重処分

留保買主が、複数の金融機関から資金を借り受けるために所有権取得期待権を二重に処分する場合もあり得る。すでに機械設備の所有権取得期待権が譲渡担保権者に移転しており、留保買主は所有権取得期待権を有していないにもかかわらず、当該所有権取得期待権を有するとして第三者に処分した場合、当該機械設備が当該第三者に現実に引渡された等により、即時取得が成立すれば、当該第三者は所有権取得期待権を取得することになる。

ここでも、②C bのプレートの機械設備への貼付、または③Eの譲渡証明書制度（私見の提案）の活用、あるいはその両者を行っていれば、即時取得を防ぐことが可能となる。<sup>60)</sup>

#### (5) 留保買主の一般債権者からの差押え

所有権取得期待権も差押えの対象となり、強制執行も可能である。設定者たる留保買主の一般債権者から所有権取得期待権を差押えられたときは、所有権取得期待権はすでに譲渡担保権者に移転しているから、譲渡担保権者は当該所

---

保権者が有するから、所有権を有しない留保売主は処分することはできない。

なお、上記、いずれも留保売主からの譲受人たる第三者は、即時取得により完全な所有権を取得することになる。

60) 担保的構成の場合、所有権取得期待権の二重処分は、後順位の譲渡担保権の設定となるが、即時取得成立により、後順位であるはずの譲渡担保権者が先順位の譲渡担保権を取得することになる。

一方、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、所有権取得期待権の二重処分は、後順位の譲渡担保権の設定となるが、即時取得成立により、後順位の譲渡担保権者が先順位の譲渡担保権を取得することになる。

また、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合、すでに機械設備の所有権は留保売主の留保所有権負担付で譲渡担保権者に移転しており、留保買主は所有権を有していないにもかかわらず、何ら負担のない所有権を有するものとして第三者に処分した場合、当該機械設備が当該第三者に現実に引渡された等により、即時取得が成立すれば、当該第三者は完全所有権を取得する（留保所有権の負担があるものとして処分した場合は、第三者は留保売主の留保所有権負担付の所有権を取得することになる）。

ここでも、②C bのプレートの機械設備への貼付、または③Eの譲渡証明書制度（私見の提案）の活用、あるいはその両者を行っていれば、即時取得を防ぐことが可能となる。

有権取得期待権の差押えに対し、権利者として第三者異議の訴えを提起できる（民執38）。ここでも、②C bのプレートの機械設備への貼付、または③Eの譲渡証明書制度（私見の提案）の活用、あるいはその両者を行っていれば、所有権取得期待権は譲渡担保権者が有していることを執行官が確認でき、差押を免れる可能性がある<sup>61)</sup>。

#### （6）第三者による侵奪に対する措置

留保買主が機械設備の占有を第三者によって侵奪された場合、留保買主は当該機械設備の直接他主占有者として占有訴権を行使できる。

また、留保売主の場合、所有者であるから物権的請求権、そして間接自主占有者として占有訴権を行使できることになろう。

譲渡担保権者は、所有権取得期待権の物権的効力に基づき物権的請求権を<sup>62)</sup>、間接他主占有者であるから占有訴権を行使できることになろう<sup>63)</sup>。

---

61) 担保的構成の場合、差押債権者の開始した競売手続（この場合は、機械設備の所有権が差押えの対象であり、競売の対象となる。）において優先的な配当を認めれば足りるということになる。優先弁済請求の訴え（民訴旧565）が廃止された現行民事執行法の下では、第三者異議の訴えの一部認容として優先弁済を認めるか（三ヶ月章『民事執行法』152頁（弘文堂、1981））、配当要求（民執133）の類推適用（高木多喜男『担保物権法』356頁（有斐閣、第四版、2005）、生熊長幸『担保物権法』292頁（三省堂、2013））などによって優先弁済請求の訴えと同様の効果を得る必要がある（松岡・前掲注（6）338頁）。なお、この場合、最優先順位での配当は留保所有権者が受けることになり、複数の譲渡担保権が設定されている場合は、留保所有権者への配当後に、順位に基づいて配当を受けることになる。

一方、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、差押債権者の開始した所有権取得期待権の競売手続において優先的な配当がなされるということになる。

また、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合、留保所有権負担所有権はすでに譲渡担保権者に移転しているから、譲渡担保権者は当該所有権の差押えに対し、権利者として第三者異議の訴えを提起できる（民執38）。ここでも、②C bのプレートの機械設備への貼付、または③Eの譲渡証明書制度（私見の提案）の活用、あるいはその両者を行っていれば、所有権は譲渡担保権者が有していることを執行官が確認でき、差押を免れる可能性がある。

62) 私見によれば、所有権取得期待権は目的物の所有権の権能のうちの債権担保以外の権能、すなわち、使用収益権能も従属することから、当該所有権取得期待権に基づく、物権的請求権も行使できることになる。

### (7) 機械設備毀損に伴う損害賠償請求

第三者が目的物を侵害した場合、当該第三者は不法行為に基づく損害賠償責任を負う。この場合、被担保債権が侵害されることが必要になるが、譲渡担保権者は、当該被担保債権額と、留保目的物の価値相当額から残代金を控除した額のうち、いずれか小さい額を上限として、損害の賠償請求ができる。<sup>(64)</sup>

### (8) 留保買主との第三者弁済の合意

留保買主が残代金の支払いができない場合や譲渡担保の実行に際して、譲渡担保権者が第三者として弁済できる旨の留保買主との合意、および残代金不払いの場合にはその旨を留保売主が譲渡担保権者に通知することについて、留保売主との合意が必要である。

もちろん、譲渡担保権者は、残代金の支払いのない場合、留保所有権の実行（占有・処分権原の行使）により、自身の有する所有権取得期待権が消滅する危険性があるから、残代金の弁済につき法律上の利害関係があるといえ、債務者

---

63) 担保的構成では、留保買主が機械設備の占有を第三者によって侵奪された場合、所有者として物権的請求権を、そして直接自主占有者として占有訴権を行使できる。留保売主は、留保所有権に基づく物権的請求権を行使できることになろう。譲渡担保権者は、譲渡担保権に基づく物権的請求権を行使できることになろう（宮本健蔵編著『マルシェ物権法・担保物権法』403頁〔今尾真〕（嵯峨野書院、第三版、2014））。

一方、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、留保買主は所有権取得期待権の物権的効力に基づき物権的請求権と直接他主占有者として占有訴権を、留保売主は、所有者であるから物権的請求権、そして間接自主占有者として占有訴権を行使でき、譲渡担保権者は譲渡担保権に基づく物権的請求権を行使できることになる。

また、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合、留保買主は直接他主占有者として占有訴権を行使でき、留保売主は留保所有権に基づく物権的請求権を、譲渡担保権者は、所有者として物権的請求権を、間接自主占有者として占有訴権を行使できる。

64) 担保的構成でも同様のことがいえるが、先順位の譲渡担保権がある場合は、この損害額も勘案することになる。

65) 担保的構成の場合、留保所有権の実行に基づく留保買主の所有権喪失による譲渡担保権消滅の危険性がある。

一方、所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、所有権取得期待権消滅による譲渡担保権消滅の危険性があり、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合では、留保所有権の実行に基づく譲渡担保権者の所有権喪失の危



たる留保買主との合意がなく、留保買主の意に反したとしても第三者弁済は可能である。<sup>(66)</sup>また、弁済につき正当な利益を有するから、留保売主の承諾がなく（新民法 499 条によれば留保売主の承諾は不要である）とも、残代金債権につき留保売主に代位できる（法定代位、民500）。<sup>(67)(68)</sup>しかし、不払いの通知を受ける等しなければ譲渡担保権者は債務不履行の事実を知りえず、不知の間に留保所有

---

険性がある。

66) ドイツでも、留保買主に債務不履行が生じた場合、物権的期待権者である金融機関による第三者弁済がなされている (Abbas Samhat, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers bei Rücktrittsmöglichkeit des Vorbehaltsverkäufers, 2013, S.58 ; Johannes Thesen, Die Rechtsfigur “Anwartschaftsrecht” des Eigentumsvorbehaltskäufers, 2013, S.105, 114-115.)。

67) 平成 29 年判決が認めるところである。なお、所有権的構成の場合、譲渡担保権者による第三者弁済によって、停止条件が成就することにより所有権が直接留保売主から譲渡担保権者へ移転すると同時に、譲渡担保権者の有する所有権取得期待権は消滅する。留保売主の有していた留保所有権は、残代金債権を被担保債権とする債権目的に応じた部分に制限されていたが、この制限をかけていた所有権取得期待権が消滅するのであるから、譲渡担保権者の取得する所有権は完全所有権ということになる。譲渡担保権者が完全所有権を取得するというのであれば、その完全所有権には、留保売主の有していた、残代金債権を被担保債権とする留保所有権も含まれているから、譲渡担保権者は、留保売主の有していた担保権（留保所有権）を取得するといった法定代位と同じ効果を得ることになる。

しかし、理論上は、譲渡担保権者は完全所有権者になるのではない。完全所有権を取得すると同時に、留保買主の取得した所有権取得期待権によって債権目的に応じた部分に制限されることになるからである（この点は本文「4（1）条件成就の効果」を参照）。すなわち、譲渡担保権者の取得した留保目的物の所有権は、「所有権取得期待権を担保目的物とした」当初の譲渡担保権の被担保残債権と、第三者弁済によって取得した残代金債権とを被担保債権とする債権担保の目的物となるのである。

また、留保買主についてみるに、譲渡担保権の設定者でもある留保買主は「（譲渡担保権者に移転した）所有権取得期待権」を目的とする取得期待権を有していたが、条件成就によって「（譲渡担保権者に移転した）所有権取得期待権」は消滅することから、その取得を目的とする期待権も消滅する。そして、留保目的物の所有権を目的とする担保に移行するのであるから、条件成就とともにあらたに所有権取得期待権を取得することになる（この場合の停止条件は、所有権取得期待権を担保目的物とした当初の譲渡担保権の被担保残債権と残代金債権の完済ということになる）。

担保的構成にあつては、第三者弁済による法定代位の効果により、留保所有権（被担保債権は残代金債権）が譲渡担保権者に移転することになる。

68) 所有権留保が所有権的構成で、譲渡担保が担保的構成の場合、譲渡担保権者は法定代



権が実行されてしまい、自身の有する所有権取得期待権が消滅してしまっていた<sup>69)</sup>ということになりかねない。そのため、譲渡担保権者は、実務上、残代金不払いの場合にはその旨を留保売主が譲渡担保権者に通知することにつき、留保売主と合意をしておく必要がある。

また、残代金債権の分割弁済が滞りなくなされている場合であっても、譲渡担保権の被担保債権の支払いに債務不履行が生じ、譲渡担保権を実行するに際し、所有権取得期待権のままだと市場性の関係から容易に処分できない場合も考えられる。その場合には、市場での処分がより容易なものになるべく、譲渡担保権者は留保売主へ第三者弁済を行なって、機械設備の所有権を取得した上で、それを市場で処分することも必要になろう。そのためにも、留保買主との間で第三者弁済の合意を行っておく必要がある。

なお、第三者弁済を、譲渡担保権者以外の者、たとえば、厳密な意味での第三者弁済ではないが、留保買主の保証人が弁済した場合などは注意が必要である。すなわち、法定代位が生じ、留保所有権が当該保証人に移転するからである<sup>70)</sup>。

この場合は、譲渡担保権者による第三者弁済は当該保証人に対して行うことになる。

---

位の効果に服することになる（前掲最一小判平 29・12・7。脚注 18 参照）。つまり、留保売主の留保所有権が譲渡担保権者へ法定移転するのである。これにより譲渡担保権者は、留保所有権と留保買主の所有権取得期待権を目的とする譲渡担保権を有することになる。

一方、所有権留保が担保的構成で、譲渡担保が所有権的構成の場合では、譲渡担保権者に留保所有権が法定移転するが、混同により留保所有権が消滅するとともに、譲渡担保権者の有する債権目的に制限された所有権は、第三者弁済した残代金債権をも被担保債権とすることになる。

69) 担保的構成の場合、留保所有権の実行により、自身の譲渡担保権が消滅していたということになりかねない。

70) 前掲最一小判平 29・12・7。脚注 20 参照。担保的構成の場合は当然に法定代位が生ずる。

## 5. 所有権取得期待権の担保価値と債権回収（具体例）

金融機関の短期の運転資金の貸出に関する融資判断の具体例に基づき、所有権取得期待権の担保価値と債権回収方法を示す。

### （1）所有権取得期待権の担保価値

部品製造業者Aは、工作機械業者Bを売主とし、工作機械甲を代金1,500万円、10回の分割払い（毎年1回返済）での売買契約により購入した。特約で代金完済まで甲の所有権は売主Bにあるが、その間、Aは甲を利用できるものとした（所有権留保特約）。利息を2%とすると、元利均等返済で毎年返済額<sup>71)</sup>1,669,898円、全支払金額<sup>72)</sup>は元利合計16,698,979円となる。

Aは7回までの支払完了時で、運転資金140万円が必要となった（元利返済残額<sup>73)</sup>は5,009,694円）。C銀行より借入をするが、Cは甲の経済的耐用年数を20年と捉え、甲の現在の評価額を975万円（再調達原価1,500万円×（20年－7年）÷20年<sup>74)</sup>）、掛け目<sup>75)</sup>70%とした。したがって、担保目的物の担保価値だけからすれば、Cが貸すことのできる元利合計（年率4%、10年の元利均等返済の返済総<sup>76)</sup>額<sup>77)</sup>）

---

71) 元利均等返済での毎年の返済額の算出式は次のとおり。

毎年の返済額＝（売買金額×利率×（1＋利率）返済回数）／（（1＋利率）返済回数－1）

72) 元利均等返済での全支払金額の算式は次のとおり。

全支払金額＝毎年の返済金額×返済回数

73) 元利金返済残額の算式は次のとおり。

元利金返済残額＝全支払金額－毎年の返済金額×返済済み回数

74) 日本製の工作機械の経済的耐用年数は一般的に長く、20年以上がほとんどである（聴取先、聴取日等は脚注3参照）。しかし、7年経過後の時価を求めることは容易ではないために、本稿では便宜上、経済的耐用年数を20年とし、減価償却方式を適用して時価相当額を算出した。

75) 譲渡担保の実行において、実行時点で確実に売却できるとは限らないため、安全性を考慮して掛け目を設定するのが一般的である。

76) 所有権取得期待権を担保目的物とする場合で、残代金の支払いがなされない場合、債務不履行により売買契約が解除されるリスクがある。そのリスクを勘案しある程度高めの利息を設定するのが通常である。

77) 借入期間は留保目的物の経済的残存耐用年数内に収める必要がある。なぜなら、経済

額)は1,815,306円(975万円×70%－代金返済残額(利息含む)5,009,694円)が上限であり、これが甲の所有権取得期待権の担保価値である。担保価値からみた場合、140万円を借りた場合の返済期間10年の元利合計(年利率4%)は、1,726,073円であり、所有権取得期待権の担保価値内に収まることから、140万円の運転資金の融資は可能となる。

Cが、Aからの140万円の貸出申請に応じた場合、Cは、Aの有する甲の所有権取得期待権に譲渡担保の設定を受けることになる。Cは当該所有権取得期待権<sup>78)</sup>を譲り受けることにより、Aに代わって当該期待権の権利者となる。

## (2) 譲渡担保の実行

(1)の例で、甲の所有権留保での購入後8年目(8回目の弁済期)にAがCからの借入金140万円とその利息を一度も支払いができず、甲の残代金5,009,694円の支払いもできなくなった場合(債務不履行)、Cは次のように融資金と利息を回収する。

まず、甲の所有権取得期待権者であるCは、機械設備の所有権を取得するために甲の購入残代金5,009,694円を第三者弁済としてBに支払う。すると、代金完済となり停止条件が成就し、甲の所有権がBから直接Cに移転する。Cの譲渡担保は甲の所有権取得期待権を担保目的物としていたが、このときから甲の所有権を担保目的とする譲渡担保に移行することになる。

次に実行である。Cは銀行業務の遂行に何ら関係のない甲の所有は負担であることから、処分清算型での実行となろう。機械設備の取引市場での処分を、市場取引に詳しい機械設備リース会社D<sup>79)</sup>に依頼し、900万円(再調達原価1,500万円×(20年－8年)÷20年<sup>80)</sup>)で売却された。売却額からCが支払った甲の残代

---

的残存耐用年数を経過すると留保目的物の担保価値はなくなるからである。

78) 担保的構成では、CはAの所有する甲に譲渡担保権の設定を受けることになる(甲には先にBの留保所有権が設定されている)。

なお、担保的構成であっても、担保価値は、機械設備の価値を算定し、そこから留保所有権の被担保債権である代金返済残額を控除して算出することから、所有権的構成の場合と同じ計算で同じ結果になる。したがって、同じ担保価値が算出されることになる。

79) 機械設備の中古市場での売却についてはリース会社が実際に行っており、事情に詳しい。

金 5,009,694 円<sup>81)</sup>と融資金及び利息 1,456,000 円<sup>82)</sup>を差引き、差額 2,534,306 円を清算金として A に返還する<sup>83)</sup>。C は融資金とその利息、第三者弁済した甲の残代金をも回収できる。

なお、C の融資 140 万円に対し、担保価値は 682.5 万円（975 万円×70 %）と高額だが、C は残代金 5,009,694 円の第三者弁済もするのだから、過剰担保<sup>84)</sup>ではない。

## 6. 銀行融資担当者等に対するアンケート調査 ― 所有権取得期待権を担保目的物（譲渡担保の設定）とする融資の可否について ―

所有権取得期待権に譲渡担保の設定を受けることにより、銀行が融資をするか否か等につき、銀行の融資担当者あるいは融資経験者にインターネットによるアンケート調査<sup>85)</sup>を実施した。

なお、本アンケートは、事前知識として下記の記載を読んでもらったうえで、回答をしてもらった。

### 「〈事前知識〉

#### 1. 条件付権利に譲渡担保の設定を受けるとします。買主が売買残代金を完済

---

80) 便宜上、経済的耐用年数を 20 年として、減価償却方式で算出した額で売れるものとする。

81) 実際には、第三者弁済時からの利息も回収するが、ここでは利息は勘案しない。

82) 元金の 140 万円とその 1 年間分の利息 56,000 円の合計。

83) 市場での売却にあたり D 社に支払う手数料等があればそれを控除する。

84) 担保的構成の場合、実行において譲渡担保権者が第三者弁済をするならば、所有権的構成の場合と同じ結果になる。これに対し、第三者弁済をしない場合、譲渡担保権よりも先に対抗要件である間接占有（柚木＝高木編〔安永〕・前掲注（7）745 頁）を得ている留保所有権が先順位担保権であることから、先に留保所有権が実行されると、譲渡担保権者は、留保売主から留保買主に支払われる清算金に物上代位をすることが必要になる。また、譲渡担保権を先に実行する場合でも、留保所有権者の被担保債権である代金返済残額については優先弁済を主張できないことになる。

85) 本アンケート調査は、筆者が㈱マクロミルに調査依頼をし、2018 年 4 月 26 日から同年 4 月 27 日まで実施したものである。有効回答数は 103 であった。

しますと、条件が成就して、機械設備等の所有権が売主から譲渡担保権者である銀行に直接移転します。ここで、条件付権利の譲渡担保から、機械設備等の所有権の譲渡担保（通常の譲渡担保）に移行します。

2. 留保買主が売買残代金の支払いを怠った場合、売主からその旨の通知を受けた上で、譲渡担保権者である銀行が買主の代わりに売買残代金の全額を弁済します（第三者弁済）。

そうしますと条件が成就して、機械設備等の所有権が譲渡担保権者である銀行に移ります。ここで、条件付権利の譲渡担保から、機械設備等の所有権の譲渡担保（通常の譲渡担保）に移行します。

このとき、譲渡担保の被担保債権は、融資した運転資金と弁済をした売買残代金の合計額となります。

3. 条件付権利の譲渡担保の対抗要件は、占有改定による引渡しです。

占有改定は、譲渡担保の設定者である買主が、機械設備等を占有したままですら引渡しがなされたとされるもので、外形的な占有移転は何ら生じません。したがって、第三者が、買主を所有者であると勘違いしてしまい、買主から所有権留保の目的物である機械設備等を譲り受けてしまうかもしれません。このとき、一定要件を満たしますと機械設備等の所有権がその第三者に移転してしまいます（即時取得：車両は除きます）。

即時取得が成立しますと、第三者が完全に所有権を取得してしまい、銀行の譲渡担保の対象であります条件付権利が消滅してしまいます（同時に譲渡担保も消滅してしまいます）。

4. 条件付権利の担保価値：所有権留保で機械設備の売買を行うことが多いのはリース業者です。大手のリース業者何社かに訪問し、お聞きしたところ、日本製の工作機械、印刷機械、建設機械、半導体製造機械などは汎用性があり、経済的耐用年数も20年以上と長く、中古市場でも、10年経過した物であっても新品価格の5割以上の値段で売れるとのことでした。条件付権利の担保価値は機械設備の価値から売買残代金額を控除したのになります。」

以下に質問事項とその結果の抜粋を記載した。

「質問1 買主が優良企業でありながら、不動産・機械設備の所有はなく、ある

のは所有権留保で購入して利用している機械設備だけだとします。この場合、買主に運転資金等の短期少額の融資をしますか？

1. 融資をする

2. 融資をしない

「1. 融資をする」に 74.8 % (77 回答)、「2. 融資をしない」に 25.2 % (26 回答)であった。この結果からすれば、近時の銀行において、優良企業であれば、担保となる所有物（不動産、機械設備）がなくとも、短期の運転資金であれば融資する傾向にあるといえる。

「質問2 質問1で「2. 融資をしない」と回答した方にご質問します。

買主の条件付権利に譲渡担保の設定を受けるのであれば、融資をしますか？

なお、機械設備には、融資銀行が第三者弁済した売買残代金（およびそれらの利息）をも回収できるに十分な担保価値があるものとします。

また、銀行が第三者弁済をして機械設備の所有権を取得したあとに、中古市場で処分して債権回収を図る（譲渡担保の実行）にあたっては、提携のノウハウを有する専門業者が行ってくれるものとします。」

1. 融資をする

2. 融資をしない

「1. 融資をする」に 34.6 % (9 回答)、「2. 融資をしない」に 65.4 % (17 回答)であった。債務不履行による回収不能を最終的に回避する上では、十分な担保価値があることが必要である。質問1で「2. 融資をしない」との回答から「1. 融資をする」との回答に転換した 34.6 %は、融資先倒産等の場合における担保目的物の処分（担保権の実行）による最終的な回収可能性を重視しているものといえる。

「質問3 質問2で「2. 融資をしない」と回答した方にご質問します。融資をしない理由は何ですか（複数回答可）？

なお、「その他」とお答えした方はその理由をご記入ください。

1. 第三者弁済をしないと条件付権利が消滅してしまうから

2. 公示が不完全だから  
3. 担保価値が不十分だから      4. その他（                      ）」

「1. 第三者弁済をしないと条件付権利が消滅してしまうから」が23.5 %（4回答）、「2. 公示が不完全だから」が17.6 %（3回答）、「3. 担保価値が不十分だから」が58.8 %（10回答）、「4. その他」が29.4 %（5回答）であった。「2. 公示が不完全だから」が少なく、「3. 担保価値が不十分だから」が60 %近くと回答が多かったのは意外であった。担保価値については、「事前知識」で「日本製の工作機械、印刷機械、建設機械、半導体製造機械などは汎用性があり、経済的耐用年数も20年以上と長く、中古市場でも、10年経過した物であっても新品価格の5割以上の値段で売れるとのこと。」と示していたにもかかわらず、機械設備の所有権取得期待権たる条件付権利の担保価値に疑念を持っているということである。この点については本稿の「5. 所有権取得期待権の担保価値と債権回収（具体例）」を示した上で、回答に臨ませるといったアンケート手順を取ることができれば、このような疑念を払拭できたかもしれない。しかし、それだと、質問の前提知識としての文があまりにも長くなってしまい、回答者の回答意欲を削いでしまって、回答がなされない危険がある。よって、そのような手順でのアンケートを実施することはできなかった。

「質問4 質問3で「2. 公示が不完全だから」と回答した方にご質問します。動産債権譲渡特例法による登記に「仮登記」ができるようにすれば、機械設備の条件付権利の譲渡担保を「仮登記」することにより、事実上、対抗力を得ることができます。

動産債権譲渡特例法による登記に「仮登記」ができることとなった場合、買主の条件付権利に譲渡担保の設定を受けて、「仮登記」をした上で、融資をしますか？

1. 融資をする                      2. 融資をしない

\*仮登記とは、順位を保全する目的で行う登記です。仮登記自体には対抗力は



ありませんが、条件付権利の条件が成就して、銀行が機械設備の所有権を取得しますと本登記をすることができます。本登記をしますと仮登記後に登記された別の権利に対抗することができます（順位が保全されます）。」

「1. 融資をする」に66.7%（2回答）、「2. 融資をしない」に33.3%（1回答）であった。回答数はかなり少ないものの、「仮登記」といっても、「仮登記」後に設定等された物権等に対し、「仮登記」設定時の順位でもって本登記の効力を主張できるという、条件付権利にあつては、事実上の対抗要件といえるものである。「1. 融資をする」との回答が66.7%であったことは、動産債権譲渡特例法による登記に「仮登記」制度創設の必要性が一定程度存在するものといえよう。

## 7. おわりに

### （1）所有権取得期待権の譲渡担保化の可能性について

#### ①譲渡担保化にあたって必要となる事項

不動産を有せず、機械設備を占有するも所有権を有しない企業に対するあらたな物的担保として、所有権取得期待権の譲渡担保を提示した。「3. 機械設備を所有権留保で購入している企業に関するアンケート調査」では、400社中、機械設備を所有権留保で購入している企業は46社（約11.5%）あり、このうち22.3%（約10社）が、所有権取得期待権の譲渡担保に応ずることになる。これに対し、「6. 銀行融資担当者等に対するアンケート調査」では、十分な担保価値のある買主の条件付権利に、譲渡担保の設定を受けるのであれば、融資をするとの銀行融資担当者による回答が34.6%（26回答中9回答）あることから、所有権取得期待権の譲渡担保化を考える必要性は現実に存するといえる。

問題は即時取得を防止する方法である。対抗要件は占有改定であるが、即時取得防止方法として、ネームプレート、統一譲渡証明書制度（私見の提案）などを併用し、後者についてはそれを業界全体に認識させる必要がある。

そして、所有権取得期待権の譲渡担保化が実務的に可能になったならば、機械設備の所有権を有しなくとも、所有権取得期待権を譲渡担保に供することに

より短期の運転資金等の借入れを金融機関より受けることが可能となる。ただし、このとき所有権取得期待権が十分な担保価値を有する必要がある。十分な担保価値はある程度の代金弁済が必要だが、どの程度の担保価値が必要かについては分割返済残代金とその支払利息、融資金額、融資金融機関の担保掛け目（あるいは時価）、融資金額に対する支払利息等によって異なるため、5で示した具体例を参考に考慮する必要がある。<sup>86)</sup>

また、譲渡担保の実行にあつては金融機関に機械設備の市場・時価等に関する知識・情報、処分に関するノウハウが必要である。それらが不十分の場合、専門業者との連携も必要となる。

## ②動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律における仮登記制度の創設

ところで、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下、動産債権譲渡特例法という）は、法人による動産たる機械設備の譲渡においても適用され、動産譲渡登記をすることができる。

機械設備の所有権留保において、留保買主の有する所有権取得期待権の譲渡担保につき、動産債権譲渡特例法を適用することはできない。このような条件付権利を公示するには仮登記が必要であるが、その制度がこの法律には用意されていないからである。なぜならば、同法3条1項に「法人が動産…を譲渡した場合において」と規定しており、すでに動産が譲渡されていることを前提としているものと解されることから、対抗力を生ずる本登記の制度のみを設けたのである。<sup>87)</sup>しかし、順位を保全する仮登記、仮登録制度は登記・登録を対抗要

---

86) なお、譲渡担保目的物である機械設備の減価償却の関係もあり、5で示した具体例にもあるように1,500万円の再調達原価である機械設備であっても所有権取得期待権の譲渡担保化をする場合の担保価値は約182万円とそれほど大きくはない。したがって、多額の融資をしたい金融機関にとってそれほどどうまみはないのかもしれない。しかし、一時的に必要な運転資金など、それほど額が大きい融資の担保としては適しており、過剰担保に該当するかどうかについても、5で示したとおり、第三者弁済金額も考慮した場合、その該当可能性はそれほど多くないものといえる。

87) 伊藤隆『動産・債権譲渡登記手続の実務対応Q&A』85頁（金融財政事情研究会、2012）、植垣勝裕発言「座談会 新しい動産・債権譲渡登記制度と金融実務（上）」金法1737・19

件とする特別法のほとんどに設けられている。たとえば、特許については、特許登録令2条に仮登録制度があり、同令8条で、本登録の順位は、仮登録の順位によるとされ、また、航空機抵当法の政令である航空機登録令26条では、「航空機の移転登録又は抵当権の設定、移転、変更若しくは消滅の登録の申請に必要な手続上の要件が具備しないとき」に仮登録をすることができる旨の定めがあり、同令2条では、「仮登録をしたものについて本登録をしたときは、その順位は、仮登録の順位による」とされている。動産債権譲渡特例法においても、条文明言の修正を施すことによって、仮登記制度を設けることは可能であると思われる。<sup>88)</sup>

動産債権譲渡特例法に仮登記制度が設けられれば、当該仮登記が事実上、所有権取得期待権の対抗要件になる。<sup>89)</sup>そして、所有権取得期待権を譲渡担保に供した場合は、付記登記をし、譲渡担保権者名を記載することになる。

これは、所有権取得期待権の譲渡担保化を促進する強力な法改正となろう。「6. 銀行融資担当者等に対するアンケート調査」にあっても、動産債権譲渡特例法による登記に「仮登記」制度が創設されれば、「仮登記」をして融資をするとの回答が、数は少ないものの、66.7%（3回答中2回答）あることから、金融実務界において、当該「仮登記」制度を必要とする度合いはある程度推測できる。

また、留保買主の所有権取得期待権者を仮登記することにより、留保売主あるいは第三者に留保所有権がある旨を示すことになり、所有権留保の一定程度の公示的機能を果たすことにもなりそうである。

## （2）包括担保化と所有権取得期待権の譲渡担保

所有権取得期待権の譲渡担保化は、プロジェクト・ファイナンスなど、プロジェクト等の有する資産を包括担保化するにあっても必要となる。すなわち、<sup>90)</sup>

---

(2005)

88) 石田穰『担保物権法』751頁（信山社、2013）

89) 安永・前掲注（4）435頁

90) 西田章「動産・債権の担保的利用が拓く新たな金融実務——対抗要件としての公示制度の整備を契機として——」NBL781・21（2004）、松田佳久「視点 企業資産の包括担

プロジェクト・ファイナンスの場合、当該プロジェクトに融資した金融機関等は融資金回収の確実化を図るために、プロジェクトの有する資産をすべて一体的・包括的に担保化し、当該担保物件から第三者によるすべての介入を完全に排除しなければならない。<sup>91)</sup>つまり、他の債権者からの侵害を排除して事業の継続性を維持するために担保の防御的な機能を利用するのである。また、債務者たる企業の事業の全部あるいは一部の優良部門だけをスポンサー的企业に営業譲渡し、スポンサーの買収資金によって融資金の回収を図る。この場合にも譲渡される事業資産の一体性が保持されるように包括的に担保化しておく必要がある。<sup>92)</sup>このとき、複数の種類の資産を一体的に包括的に担保化する手法は存在しないとされていることから、複数の担保制度を組み合わせ、包括担保化を実現することになる。不動産には抵当権が設定され、不動産が複数の場合にはこれを共同抵当とし、個別動産・集合動産には動産譲渡担保権が、売掛代金債権等には債権譲渡担保権が設定される。もちろん、条件付権利についても、当該権利に基づいて占有する機械設備等は他の企業資産と一体として使用収益されるものであることから、プロジェクトあるいは企業資産として一体性を保持するために他の資産とともに包括的に担保される必要がある。そのためには、所有権取得期待権の譲渡担保化という担保スキームが必要なのである。

以上

\*本研究は JSPS 科研費 17K03485 の助成を受けたものである。

(本学法学部教授)

---

保化に対する妨害と対策 ― 動産債権譲渡に係る登記制度を利用した企業資産の譲渡担保化促進の必要性 ―」銀法 648・51 (2005))。

91) 長谷川貞之「プロジェクト・ファイナンスにみる新しい資産担保手段と法律上の問題点」独協 61・65 (2003) は、プロジェクト・ファイナンスにみるこのような資産担保を「限定的かつ徹底的な担保の取得」であるとする。つまり、「限定的担保」とは、担保対象をプロジェクト資産に限るということであり、「徹底的担保」とは、担保をつける範囲を限定したうえで、その限定された範囲においては旧来型担保では考えられないほど徹底的に担保を徴求することを意味するとする (長谷川・前掲 74)。

92) 松田・前掲注 (90) 51

〈論 説〉

# カール・マンハイムの「自由のための計画」論 における「Order」（上）

— ムート文書に見る知的エリート集団の構想 —

山 田 竜 作

## 目 次

はじめに

1. ムートにおける「Order」の問題提起とマンハイム
  - (1) ムートの出発点
  - (2) マンハイムのムートへの参加
2. マンハイムの報告ペーパーにおける「Order」への言及 (1)
  - (1) ペーパー「自由のための計画」(1939年)
  - (2) ムート第4回研究会でのさらなる言及 (以上、本号)
3. マンハイムの報告ペーパーにおける「Order」への言及 (2)
  - (1) 消えゆく「Order」の議論とマンハイムの焦慮
  - (2) ペーパー「ムートの次回研究会のためのトピック」(1941年)
4. マンハイムの構想における知的エリートの役割
  - (1) T・S・エリオットへのコメントをめぐる
  - (2) あらゆる社会階層から補充される知的エリート

結びにかえて

## はじめに

ナチス・ドイツに追われて英国に亡命したハンガリー出身のユダヤ人社会学者カール・マンハイム（1893-1947）が、ファシズムの温床たる大衆社会の再建<sup>マス・ソサエティ</sup>を目指して提唱した「自由のための計画（Planning for Freedom）」の思想は、あらためて検討される必要があるだろう。ドイツ期の知識社会学での名声とは対照的に、英国亡命後の彼の議論については現在に至っても十分な研究対象にされておらず、マンハイムというひとりの思想家の全体像を明らかにする際に

それが問題だとさえあまり考えられてこなかったふしがあるからである。従来のマンハイム研究あるいはマンハイム批判にあつては、「自由のための計画」論についてはおおむね以下のような扱いで終始してきたきらいがある。

- (1) 主に自由主義的な観点から、計画を全体主義や独裁と等置することで、「自由のための計画」などあり得ないと批判する。
- (2) 主にマルクス主義的な観点から、計画論は革命を忘れた改良主義であり、結果的にファシズムに加担することになる、と批判する。
- (3) マンハイムの計画論はあまりに断片的であり、いかなる計画なのか明確にならないまま彼は世を去ってしまった、と指摘する。

第1のような批判については、筆者はかつてフリードリヒ・ハイエクとカール・ポパーを中心に検討したことがある。第2のような批判は、冷戦終結より四半世紀あまりも過ぎた現在、明らかに再検討の余地があると思われるが<sup>2)</sup>、それが十分になされているかどうかは管見の限り不明である。しかし、ここで問題にしたいのはむしろ第3のような指摘である。「いかなる計画か」と問う側が、「計画」と聞いた場合にすでに一定のイメージを前提としてしまうことで、マンハイム自身の思考・思想の内在的理解を妨げてきた可能性が否定できないからである。

確かにマンハイムの「自由のための計画」論は、体系的にまとまった構想として提示されることはなかった。英国期マンハイムの主要著作——『再建期における人間と社会』（ドイツ語版 1935 年、英語版 1940 年）、戦時論文集『現代の診断』（1943 年）、遺稿『自由・権力・民主的計画』（1950 年）——を読み進めれば読者はたちまち、マンハイムは結局どのような計画社会を目指したのか具体

---

1) 拙稿「マンハイムの『第三の道』としての社会計画論再考——そのデモクラシー観を中心に」、日本大学大学院法学研究科『法学研究年報』第 23 号（1993 年）。

2) 社会科学においてマルクス主義の影響力が圧倒的であった第二次世界大戦後の日本で刊行された阿閉吉男編『マンハイム研究』（勁草書房、1958 年）には、ジェルジ・ルカーチら、マンハイムのブダペスト時代の僚友でマルクス主義者となった論者たちのマンハイム批判に依拠した論文が複数収録されている。なおこの時代、マルクス主義者は基本的にファシズムを、資本主義の矛盾の極限状態と理解していたことを、念頭に置いておくべきであろう。この観点からすれば、ファシズムと共産主義体制を「全体主義」とひとくくりにすることは大いに批判の対象になったであろう。

的につかめないという思いにかられることだろう。その場合、私たちは「計画」を、計画者が何らかの政策や目標を掲げてそれを実行に移す、一連の営みと理解していると言えよう。マンハイム自身、英国が全体主義に屈することのないよう、「戦闘的デモクラシー」<sup>3)</sup>の名の下に行動を起こすことを重視していた。ところが、マンハイムが生前に残した著作などには、具体的な政策の中身に関する計画論はほとんど出てこない。彼の英国期の議論では、よく知られた大衆社会分析を除けば、計画に必要とされる思考法や社会的教育、また計画に不可欠となる民主的パーソナリティといった心理学的な議論に、相当なエネルギーが費やされている。もちろん、澤井敦が指摘するように、「マンハイムが、せめてあと一〇年生きていたなら、マンハイムの社会学についてのわれわれのイメージは、大きく変容することになっていたであろう」と想像することもできよう。彼がもっと具体的な計画案を練り上げた可能性もあるからである。だが少なくとも、マンハイムが「自由のための計画」論として現に書き残したものを虚心に解説しようと試みるならば、「計画 (planning)」という言葉を用いて彼がま<sup>4)</sup>ず考えようとしたことがそもそも、私たちが想定するものとは異なっていたのではないか、という想像力も必要ではないかと思われる。そうでなければ、マンハイム自身が(たとえ断片的に過ぎようと)展開した議論を彼の意図や関心に即して理解することなく、解釈する私たちの想定や期待に彼が応えなかったという次元での評価から一歩も出ない可能性があるからである。<sup>5)</sup>

---

3) Mannheim, K., *Diagnosis of Our Time: War Time Essays of a Sociologist* (London: Routledge & Kegan Paul, 1943), Chaps. I, IV. 長谷川善計訳『現代の診断 — 一社会学者の戦時評論』、マンハイム全集第5巻(潮出版社、1976年)所収、第一部、第四部。「戦闘的デモクラシー」については、さしあたり以下のふたつの拙稿を参照。「後期カール・マンハイムの政治思想的考察・序説」(三)、日本大学『政経研究』第44巻1号(2007年)、221-4頁。“Mannheim, Mass Society and Democratic Theory”, in D. Kettler and V. Meja eds., *The Anthem Companion to Karl Mannheim* (London: Anthem Press, 2018), pp. 58-9.

4) 澤井敦『カール・マンハイム — 時代を診断する亡命者』(東信堂、2004年)、42頁。

5) マンハイムの計画論を、むしろ政策・制度論として積極的に高く評価する稀有な例は、松下圭一であった。彼のマンハイム評価は、ここでの筆者の問題意識とは相当に異なっている。松下圭一『現代政治\*発想と回想』(法政大学出版局、2006年)、76頁。また、以下の拙稿も参照。「マス・ソサエティにおける政治主体の『市民性』」、岡本仁宏編『新



以上は、英国期マンハイムの知的営為を再検討しようとする筆者の基本的な問題意識だが、非常に多くのアプローチの仕方を考えることができ、ひとつの小論で十分に扱える問題ではない。ここでは、英国亡命後マンハイムが死に至る約 14 年の間に計画論を練り上げる際、重要な場であった知識人グループ「ムート (the Moot)」に光を当てる。ムートについては日本ではほとんど知られていないであろうが、英米圏においても断片的に言及されることはあっても、その全貌が明らかになっているとは言えない。<sup>6)</sup> ムートに関する一次資料は少なからず散逸してしまっていると考えられるが、筆者が現時点で入手できているものは、ユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドンの教育研究院 (Institute of Education、以下 IOE) ニューサム図書館所蔵の、教育学者フレッド・クラークのコレクションの一部であるムート文書、およびエディンバラ大学ニューカレッジ図書館所蔵の、神学者でムートの主催者 J・H・オールダムのコレクションの中のムート文書である (いずれも、文書のすべてを入手できているわけではない)<sup>7)</sup>。ほとんどがタイプ印刷の資料であり、判読が困難なものも少なからずあるが、その中にマンハイムが報告用に準備したペーパーが複数残されている。また、ムートの会合では毎回詳細な議事録が残されており、少なくとも存在が確認されている 1938 年から 1944 年までの 20 回の会合の議事録は、キース・ク

---

しい政治主体像を求めて ― 市民社会・ナショナリズム・グローバリズム』(法政大学出版局、2014 年) 所収。

6) 以下を参照。久富善之「英国におけるカール・マンハイム ― 社会学的教育理論展開の社会史と個人史」(上・下)、『〈教育と社会〉研究』第 7 号、1997 年、第 8 号、1998 年。Clements, K., *Faith on the Frontier: A Life of J. H. Oldham* (Edinburgh: T&T Clark, 1999); Kettler, D., V. Meja and N. Stehr, *Karl Mannheim* (London: Tavistock Publications, 1984), pp. 129–44; Kojecky, R., *T. S. Eliot's Social Criticism* (London: Faber and Faber, 1971); Taylor, W., "Education and the Moot", in R. Aldrich ed., *In History and in Education: Essays presented to Peter Gordon* (Abingdon: Routledge, 2013); Whitty, G., *Social Theory and Education Policy: The Legacy of Karl Mannheim* (London: Institute of Education, University of London, 1997).

7) IOE のムート文書には「MOO/」という記号の後ろに通し番号が付されている。本稿では「MOO/32」等と表記する。一方、エディンバラ大学のムート文書には、「OA」という記号に続いてファイル番号・フォルダ番号・文書番号が付けられている。本稿では「OA14/3/67」等と表記する。

レメンツ編『ムート文書 ― 信仰・自由・社会 1938～1944年』に収録されている。<sup>8)</sup>

本稿の目的は、マンハイムがムートにおいて報告・発言した中で、他のメンバー以上にこだわった一種の知的エリート集団「Order」の構想を明らかにすることである。「Order」は非常に訳しがたい言葉であるが、オックスフォード英語辞典には「同じ宗教的・道徳的・社会的な規則と規律のもとで、共通の同意に基づいて生きる人々の団体／組織体 (A body of people living by common consent under the same religious, moral, or social regulations and discipline)」とあり、もともとは中世の修道会や騎士団に由来するもののようである。マンハイムの「自由のための計画」論は、崩壊しつつある大衆社会の民主的再建を目指す構想であったが、そこでの知識人の役割、および民主的なエリートの輩出に非常に関心を寄せた。その彼はムートにおいて、繰り返し「Order」設立の重要性を主張し続け、『自由・権力・民主的計画』にも若干だがそれへの言及がある。そこまで「Order」を重視したマンハイムは、それによって何を考えていたのか。資料は限られているが、「Order」をめぐる彼の言説を可能な限り検討することを通じて、「自由のための計画」論における知的エリート集団の構想の一端を明らかにしたい。いささか先取りして言うならば、閉鎖的で因習に思考を縛られた旧態依然のエリートに代わり、さまざまな社会階層に開かれて思考のダイナミズムを体現できる知的エリート集団を形成する、そしてその集団によって社会と思想を活性化させる、という関心がマンハイムには一貫してあった。その彼の関心を、ムートとの関わりの中で解明

---

8) Clements, K. ed., *The Moot Papers: Faith, Freedom and Society 1938-1944* (London: Bloomsbury T&T Clark, 2009). なお、ムートの研究会は全24回開かれたとされているが、第21～24回の議事録の存在を筆者は確認できていない。

9) Mannheim, K., *Freedom, Power and Democratic Planning*, ed. by E. K. Bramstedt and H. H. Gerth (London: Routledge & Kegan Paul, 1951), p. 166. 『自由・権力・民主的計画』には2種類の邦訳が存在する。そのうち、池田秀男氏による訳(未来社、1971年、289頁)では、「Order」は「公社」と訳され、マンハイム全集第6巻の田野崎昭夫氏による訳(潮出版社、1976年、302頁)では「幹部会」と訳されている。それぞれ、訳に苦心された様子がうかがえる。本稿ではあえて「Order」と英語表記することとする。

することが本稿の試みである。

## 1. ムートにおける「Order」の問題提起とマンハイム

### (1) ムートの出発点

ムートは、1938年から1947年まで活動した、キリスト教知識人・思想家の非公式の研究・討論グループであり、年に2～4回程度、週末に泊りがけの研究会を開いていた。報告者のペーパーは事前に参加メンバーに配布され、研究会ではそれらに基づいた議論の他、時局的な問題についても意見が交わされたようである。ユダヤ人であるマンハイムは第2回研究会（1938年9月23～26日）から出席したが、ムートでのもっともアクティブなメンバーのひとりとなり、ほぼ中心的な役割を果たすまでになったと言われる。久富善之によれば、後に検討するマンハイムの1939年の報告ペーパー「自由のための計画」はムートに大きな影響を与え、『『自由のための計画』という言葉はこのグループの共通スローガンとなった。つまり『現代社会の危機を、ファシズムに抗し民主主義を擁護する立場で、〈自由のための計画〉の方向で乗り切る社会再建をめざす』というマンハイムの時代診断と計画論が、『ムート』の基礎理論として受け入れられた<sup>10)</sup>のだという。

ここでムートそのものについて詳述する余裕はないが、ごく簡潔にムート開始の背景を見ておくことにする。第二次世界大戦の開戦が迫りつつあった1937年、オックスフォードにおいて「教会・共同体・国家」に関する国際会議（以下、オックスフォード会議）が開かれ、そこでの諸議論を経て、「キリスト信仰と共同生活委員会（The Council of the Christian Faith and the Common Life: CCFCL）」というプロテスタントの団体の創設が提案された。その事務局長となったのが、オックスフォード会議の組織・運営に携わった神学者J・H・オールダムであった。そして、このCCFCLに関係する諸問題を議論するのに必要とされたのが、聖職者でない世俗のキリスト教信徒の一団す

---

10) 久富善之「カール・マンハイムの社会学と教育理論 ― その研究序説的断章」、『一橋大学研究年報 社会学研究』第37号（1999年）、66頁。

なわち「Order」であり、オールダムは幾人かのキリスト教知識人に声をかけ、議論に招待した。このメンバーがムートの母体となった<sup>11)</sup>。つまり、ムートの主催者・中心者となったオールダムにとっては、最初から「Order」設立という課題があったのであり、その実現に向けての基盤となる研究・討論の場としてムートの会合を開始したとすることができる。オールダムはまた、何人かのムート・メンバーと共に、約1万部発行の定期刊行物『クリスチャン・ニュース・レター (Christian News-Letter)』の編集者にもなった。

先のオックスフォード会議、また CCFCL、さらにはムートのいずれも、直面していた問題は西欧の危機——大量の失業、ファシズム・全体主義の台頭、迫る戦争、戦争が避けられない場合の戦後の社会<sup>リコンストラクション</sup>再建、等々——であった。これらの問題を抱えた西欧世界は、キリスト教の教えから乖離した世界・社会になっている。社会再構築のためにキリスト教(徒)や教会には何ができるか、何をすべきか——という問題意識が、キリスト教知識人や思想家に一定程度共有されていたことは十分に考えられる。ジョセ・ハリスによれば、第二次大戦中の英国での戦後再建をめぐる諸議論では一般的に、基本的な理念として、(1) 社会問題は断片的にはではなく「全体として」考えられなければならない、(2) 社会再建には伝統的に許容されてきた以上の政府の強制力を広範に用いる必要がある、(3) そのような強制力は必ずしも個人の自由を廃棄するものとなる必要はない、という三つの信条が含まれていた。これらは、ムートの主要メンバーもまた強く共有していたと言われる<sup>12)</sup>。ここに、マンハイムの「自由のための計画」論がムートで受け入れられる素地があったと考えられよう。

ムート第1回研究会は1938年4月1～4日に行われ、この会合のためにオールダムは、ムートの目的等を記した文書を用意したとされているが、ムート文書を渉猟しているクレメンツによればこの文書は存在が確認されていないという。この第1回研究会の議事録の最後には、「Order」について何人かの発言が

11) Taylor, *op.cit.*, p. 161.

12) Harris, J., "Political Ideas and the Debate on State Welfare, 1940-45", in H. L. Smith ed., *War and Social Change: British Society in the Second World War* (Manchester: Manchester University Press, 1986), p. 239.

13) Taylor, *op.cit.*, pp. 160-1.

記録されているので、この未発見の文書ですでにオールダムが目指すべき「Order」について一定の提案なり問題提起をしていたことはほぼ間違いない。が、この議事録は簡潔に過ぎ、おそらくこの会合の終了近くに少しだけ「Order」に触れられて終わったという可能性が否定できない<sup>14)</sup>。ここで着目したいのは、ムート第4回研究会（1939年4月14～17日）のために準備されたオールダムの「Orderの設立についての提案 (Suggestions for the Constitution of an Order)」というメモランダムである。これは前述のクレメンツ編『ムート文書』<sup>15)</sup>に収録されており、非常に短いものだが、「Order」となるべき人々の集い・交流<sup>ソサエティ</sup>がどういうものであるべきか、オールダムの基本的な考えが示されている。ここでそれを細部にわたって検討することはできないが、主だった論点を挙げてみれば以下になるだろう。

- 自律的で永続可能な集い
- 主たる目的は以下の通り：
  - (a) 人間と社会に関する、キリスト教哲学の発展・展開を促す
  - (b) 社会の現在の機構と活動を、存在についてのキリスト教的理解の光にあてて検討する
  - (c) こうした検討で明らかになる必要な変革の実現を支援する
- メンバーは、こうした目的の達成のため、相互に誠実に協力し献身する
- この集いそれ自体として活動するのではなく、メンバーが個人としてあるいはグループとして行動することを通じて、上記の目的を追求する
- メンバーはまずは60名以内で、その3分の2は世俗信徒

なおオールダムは、「Order」がCCFCLを支援する集いになることを期待してはいるものの、それをCCFCLの下部組織として位置づけているわけではない。

さらに、オールダムが同1939年の8月に執筆したと記録される26頁のペーパー「キリスト教世界の再生 (A Reborn Christendom)」にも、「Order」に

---

14) Clements ed., *op.cit.*, pp. 38, 62-3.

15) *Ibid.*, p. 185. なおクレメンツの表記では、このオールダムのメモランダムは、エディンバラ大学のムート文書のナンバリングで OA13/8/01 となっているが、筆者が現地で収集した同ナンバーの資料はまったく別のものであった。ゆえにここでは、クレメンツが編著『ムート文書』に転載したものを使用することとする。

についての記述が若干あるので参照してみよう（このペーパーがムーートの研究会で使用されたかどうかは不明である）。オールダムは、聖職者以外の人々からなる「Order」が、参加者に正式な加入登録や何らかの誓約を要求するものではなく、メンバーは新たなキリスト教世界の実現に献身するものと述べている。そして、新たなキリスト教世界を目指す運動<sup>16)</sup>には、公的生活に影響を及ぼす立場を占める人々による指導が必要となる。「Order」のメンバーとなるのはその意味で、広く認知された職業に就いているエリートであり、彼らの職業に伴う義務感から自らの持つ知識や経験をこの運動にもたらしようとする人々であるという。しかもこの運動は、政治生活、行政、地方政府、社会事業、産業、労働、商業、新聞、大学、初等・中等教育等々、社会のさまざまな分野にわたるため、「Order」も決して単一のアソシエーションではなく、多様な団体の集まりとなる<sup>17)</sup>。このようなオールダムの記述から読み取れるのは、彼が目指す「Order」は確かに一定のエリート集団ではあるとしても、閉鎖的なものではなく、新しいキリスト教世界を目指すという目的を共有し、専門的知識や能力を用いて献身する倫理観を持ち、社会に影響力を及ぼすことのできる人々を包摂する開かれた集いが考えられていたであろうことである。

## (2) マンハイムのムーートへの参加

ユダヤ人である亡命知識人マンハイムが、キリスト教知識人グループのムーートに参加するようになった経緯について、確かなことは分かっていない。ひとつの有力な可能性は、ムーートの最初からのメンバーのひとりで経済学者・社会学者のアドルフ・レーヴェがマンハイムを呼んだことである。レーヴェはやはりユダヤ系ドイツ人亡命知識人であり、マンハイムとは英国亡命前にはフラン

---

16) ここで「運動」と書いたが、オールダムの構想の背景に、ウィリアム・テンブルなどによるキリスト教社会主義や、教派の違いを乗り越えようとするエキュメニカル運動などがあることが考えられる。しかしここで、それらについて検討する準備は筆者にはない。さしあたり以下を参照。井上治「イングランド国教会におけるキリスト教社会主義：W・テンブルとその時代 1889-1944年」、京都大学博士論文（2007年）。なお、20世紀前半のキリスト教研究に関してご示唆をいただいた有江大介氏に、感謝申し上げたい。

17) MOO/2, pp. 17-8.

クフルト大学での同僚であった。ムート第1回研究会の議事録によれば、会合終了時に今後ムートに招待すべき知識人たちの名前がいくつか挙げられたが、その中にマンハイムが含まれており、レーヴェが彼の名前を挙げた可能性がある。今のところその確たる証拠はないものの、このように推察できる理由は、ひとつには両者がドイツから亡命した後の1933～34年にオランダや英国で、大衆社会や計画時代に関する共同の研究会を開くなど、研究面で共通の理解があったこと<sup>19)</sup>、今ひとつにはレーヴェが、マンハイム没後の英文遺稿集の編纂の中心的役割を果たすほどに、両者が親しい関係であったことである。

また、時代の危機を考察しようというムートの知識人たちが、現代社会の変動を分析し理解する知見を必要とし、そうした知見を社会学者マンハイムに求めたという点も否定できない。実際、ムート第1回研究会の主な出席者を考えてみても、主催者のオールダムおよびJ・ベイリーは神学者、T・S・エリオットは詩人・社会批評家、C・ドーソンは思想家、J・M・マリーは作家・平和活動家、H・A・ホッジスは哲学者であり、現代社会分析を専門的になし得るメンバーは当初レーヴェしかいなかったと見ることができる。マンハイムの参加後、オールダムやエリオットは彼を高く評価し、ムートに不可欠のメンバーと見なされるようになったことから、大衆社会論を論じることのできるマンハイムの時代診断は貴重なものであったと考えられる<sup>20)</sup>。そうであってこそ、前述のようにマンハイムの「自由のための計画」論がムートに大きな知的刺激を与えたことが理解できよう<sup>21)</sup>。

18) Clements ed., *op.cit.*, p. 64.

19) Kettler et al., *op.cit.*, pp. 71-2. これらの研究会で報告されたマンハイムのペーパーが、後に加筆されて『再建期における人間と社会』の第1部・第2部を構成することとなる。

20) 大衆社会における文化のありようについて、エリオットはマンハイムのよき理解者であると同時に批判者でもあった。ワイマール共和国の崩壊を目の当たりにした亡命者マンハイムと、アメリカから英国に移住した社会批評家エリオットの、大衆社会理解の異同は興味深いテーマであるが、これについてはいずれ改めて稿を草したい。

21) Clements ed., *op.cit.* ただしこのことは、ムートのメンバー全員がマンハイムの思想や構想に全面的に賛同したことを必ずしも意味しない。本稿では論じないが、作家のマリーは終始マンハイムの計画論には懐疑的であり、ムートがマンハイムの「自由のための計画」論に沿った議論を進めて行くようになることに違和感を持ち続けていたようで



マンハイム自身は、世俗的な学問をする一社会学者としてムートに参加したのであり、社会学者にできるのは「社会過程における多くの精神現象のひとつとしての宗教が、社会にたいしてどのような関係にあるのかということと、社会のなかでどのような機能を果たすのかということとを取り扱うこと」のみであり、キリスト教に対して何らかの価値判断を下す立場にはないと言明している。<sup>22)</sup> とは言え、英国期のマンハイムにとってムートは自身の思考を練り上げるために非常に重要な場であったと考えられる。詳細は触れる余裕がないが、ロンドン・スクール・オブ・エコノミクスに講師扱いで受け入れられたマンハイム——亡命前はフランクフルト大学で社会学の正教授であった——は、同僚の社会学教授モリス・ギンズバーグとの関係悪化もあり必ずしも厚遇されず、また英国の社会学界においても孤立気味であったという。そうしたマンハイムの知見を必要とし、彼を受け入れたムートは、英国社会に暮らす亡命者マンハイムにとって自らの数少ない貴重な居場所であったと考えられる。マンハイムは第2回研究会で初めてムートに参加し、それ以降、1947年1月の死に至るまで全研究会に出席するほどの熱心さであった。また、マンハイムの死去後に開かれた同年11月の会合を持って、ムートは解散となった。これは、マンハイムなきムートは考えられないとするオールダムの意思によるものと伝えられるが、それほどにマンハイムはムートにとっても中核的なメンバーであったのだろう。<sup>23)</sup>

マンハイムがムート第3回研究会(1939年1月6～9日)で報告したペーパーのタイトルが、文字通り「自由のための計画(Planning for Freedom)」であっ

---

ある。

22) Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, p. 100. 長谷川前掲邦訳、389頁。

23) 英国亡命後のマンハイムの境遇とムートについては、すでに多くの文献で言及されているので、ここで詳細は記さない。以下を参照。久富、前掲「カール・マンハイムの社会学と教育理論」66-8頁。澤井、前掲書、36-43頁。Clements, K., "Karl Mannheim: An Extended Note", in Clements ed., *op.cit.*, pp. 18-23; Clements, *op.cit.*, pp. 387-8; Kettler et al., *op.cit.*, pp. 107-24; Loader, C., *The Intellectual Development of Karl Mannheim: Culture, Politics, and Planning* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), Chapter 6; Woldring, H. E. S., *Karl Mannheim: The Development of His Thought* (Assen/Maastricht: Van Gorcum, 1986), Chapter III.

た。マンハイムは、1935 年刊行のドイツ語版『再建期における人間と社会』ですでに「計画 (Planung)」について触れているが、「自由のための計画」という構想を初めて公にしたのはこの第3回研究会であったと考えられる。なおこのペーパーには、「将来的な政策において、理論と実践を <sup>コーディネート</sup> 調整 できるひとつの <sup>ボデー</sup> 団体／<sup>デ</sup>組織<sup>イ</sup>体を創る必要性についての、若干の意見 (Some Remarks on the Necessity for Creating a Body which could Coordinate Theory and Practice in our Future Policy)」という長いサブタイトルが付いている。この「団体／組織体」が、ムートのことを指すのか、それともこのペーパーの中で触れられている「Order」のことを意味しているのか、容易には判断できない。しかしマンハイムはこのペーパーの中で、さほど長くはないものの「Order」について言及している。第1回研究会に出席していない彼は、オールダムの「Order」についての最初の問題提起を直接聴いてはいないわけだが、第2回研究会への初参加の前後にムート・メンバーから基本的な内容を知らされ、それを踏まえてこの報告ペーパーを準備したことは十分に考えられる。次の章では、19 頁に及ぶこのペーパーの内容すべてについて検討するのではなく、彼が自身の計画論において「Order」をいかなるものと考えていたか明らかにすることに主眼を置きたい。

## 2. マンハイムの報告ペーパーにおける「Order」への言及 (1)

### (1) ペーパー「自由のための計画」(1939 年)

この報告ペーパー「自由のための計画」の最初の部分でマンハイムは、「現代の診断」という節をもうけ、計画を必要とする現代社会に関する彼自身の基本認識を示している。つまり — 現代は自由放任主義の時代から計画された社会 <sup>レツセ・フエール</sup> への過渡期であること、私たちは人間行動に影響を与え社会統制の強力な手段となる社会的技術 (social techniques) が高度に発達した大衆社会に生きること、この社会的技術が近代社会の発展する方向をほぼ規定すること、計画社会に必要な調整 (coordination) はオーケストラのように多様な楽器を協調させるようなものであって、軍隊歩調式の独裁とは区別されなければならないこと、等々である。マンハイムの考えるところでは、経済と社会生活の原理と

しての自由放任主義はもはや過去のものであり、ものごとを成り行き任せにすることはカオスに導くだけである。しかも、ナチス・ドイツやソ連などに見られるように、社会的技術は大衆社会状況では少数者の手中に独占されてしまう傾向性がある。幸いまだそのような状況になっていない英国では、社会的技術を正しい方向に用いる術をマスターしなければならない。そのためにこそ、「民主的計画 (democratic planning)」・「自由と正義のための計画 (planning for freedom and justice)<sup>25)</sup>」が求められる。

以上は、自由放任主義でも全体主義的独裁でもない計画という、よく知られたマンハイムの「第三の道」の構想と言えるが、このペーパーではまだ「第三の道」という表現は前面に出ていない。なお、彼の目指す計画化は、革命などによって旧来のエリート層を破壊することによって成し遂げられるのではない。マンハイム自身に語らせるなら、

「もし現代の計画化社会が以前の民主的エリートを破壊することで始まるのであれば、ヨーロッパ文化の伝統的価値をもすべて破壊するになる。自由主義的および保守的なインテリゲンチアに対する容赦ない攻撃や教会への迫害は、キリスト教信仰と人間性の最後の残存物を根絶やしにし、世界に平和をもたらそうとするあらゆる努力を無駄に終わらせるよう仕向けられている。」

そして、新しい社会が永続すべきものであり、人間性のこれまでの努力に値するものであるべきならば、「新しいエリートは旧いエリートと混ざり<sup>ブ</sup>合わ<sup>レ</sup>なければ<sup>デ</sup>ならない<sup>ド</sup>」。両者は共に、過去の偉大な伝統に活力を取り戻させ、それを創造的

---

24) OA14/3/67, pp. 2-5. 1943年に刊行された『現代の診断』の第1部「現代の診断」の冒頭部分には、ほぼ同様の内容が書かれているので、このペーパーが基になっているものと考えることができる。

25) *Ibid.*, p. 5. 管見の限り、マンハイムが「自由と正義のための計画」と表現しているのはこの1か所のみである。ここでの正義は、自由放任主義経済に対して政府による一定の市場介入を求める福祉国家・社会正義に近いものと考えられるが、ここではこれ以上追究しない。

発展の精神の中に存続させるのに貢献し得る、というのである。<sup>26)</sup>

続いてマンハイムは、「自由のための計画」において検討すべき領域として、次のように列挙する。I. 経済、II. 政治、III. 社会構造と社会組織、IV. 教会、V. 教育、VI. プロパガンダと世論、VII. 社会事業。社会のほとんどあらゆる領域が含まれていると言ってよいが、ここでの焦点である「Order」については、このうち III. 社会構造と社会組織の中で語られている。マンハイムによれば、「Order」のなすべきことは、<sup>ソーシャル・ボディ</sup>社会体を再活性化し、その精神を流布させることである。社会構造における「Order」の位置は、変化する社会的条件に対して<sup>オーガナイズド・ボディーズ</sup>組織体と、単に自分のために行動するのみでより大きな責任を負おうとしない個人との中間である。「Order」の役割は、人々と接触して、社会の隅々で何が起きているのかを見出し、古い仕方では対応できなくなった状況への新しい適合方法を考案すること、および、教会や政府官庁のような組織体に対して、民主的な変革の時代に必要な新しいアイデアと<sup>27)</sup>実際の提案を受け入れるよう、説得することであるという。

そしてマンハイムは、「Order」の背後には<sup>スモール・コンサルティング・グループ</sup>助言を与えるいくつかの小グループが必要で、それらがイニシアティブをとり、知識・情報を調整・統合しなければならぬと言う。それら小グループは、純粋に知的な集団でも、純粋に感情的な集団でもあってはならず、新しい精神・新しい思想を生み出すことに焦点を合わせなければならないのであって、聖職者やキリスト教信徒の思想だけでなく世俗の思想をも代表するものでなければならない。「Order」を支える小グループはいかに考え方に相違点があろうとも、「そのメンバーは、われわれが<sup>コミュニケーション</sup>霊的な仲間と呼んでもよいものたり得なければならない。社会学的に言えば、大規模な組織によって精神が枯渇してしまっている社会は、共同体の生気を蓄積し流布する泉を見出さなければならない」。そして「Order」は、青年運動や大学、学校、新聞社、BBC、また労働組合や地域のアソシエーションや社会的・文化的クラブや科学者・芸術家・文筆家の協会などいわゆる中間団体と、<sup>28)</sup>コミュニケーションが取れる直接のチャンネルを必要とするというのである。

26) *Ibid.*

27) *Ibid.*, p. 12.

なおマンハイムはこのペーパー内で、特に説明もなしに「<sup>コンバタント</sup>戦闘的な Order」という表現を用いている。これは、議論の背景にある「全体主義との戦い」という切迫した状況によるものと考えられ、本稿の冒頭で言及した「<sup>ミリタント</sup>戦闘的デモクラシー」とつながる点でもあろう。ともあれこの「戦闘的な Order」は、神経系 (nervous system) のように、社会の有機的組織体にとって不可欠な部分を形成するのであり、近代のいかなるダイナミックな社会にも必要とされる革<sup>イノベーション</sup>新<sup>イノベーション</sup>であろうとされる。ここでマンハイムは、この「Order」に類似するものとして、ソ連共産党およびドイツのナチ党の名を挙げ、これらの組織から学ばなければならないとまで言う。それは、これらの党が社会的技術を駆使し、大衆動員という悪しき形ではあれ、社会を再活性化するという一点ではある意味で成功したからであろう。ただし彼によれば、ソ連共産党と異なり、「Order」を支える小グループは民主的な精神に則り、権力 (power) ではなく影響力 (influence) を必要とする。「それら小グループは、社会に影響を及ぼすために高度に発達した技術を持たなければならないが、精神を墮落させたり大衆の下等な本能に訴えることがあつてはならない<sup>28)</sup>」。つまり、共産党やナチ党から学ぶべきものは、社会的技術の使いこなし方であって、その技術を、非合理的な大衆を独裁的な計画化に向けて動員するのに使うのではなく、正しい方向に用いる知性が求められるということであり、その知性が社会的影響力を持つべきだということであろう。

以上からうかがえるのは、マンハイムの考える「Order」は確かに計画にとつての中核的な役割を担うエリート集団であるにせよ、すべての政策決定を下す権力体のようなものではないということである。むしろ、社会の中の多様な集団、あるいはさまざまな知見を持っている知識人たちを、相互に結びつけ、そこで得られた新たな精神や発想を社会の隅々に浸透させることで、従来型の考え方に固着した人々に刺激を与え、社会そのものを再活性化させるような、影響力のある<sup>ボディ</sup>一団としての「Order」を考えていたと言えよう。

28) *Ibid.*

29) *Ibid.*

## (2) ムート第4回研究会でのさらなる言及

上述したマンハイムのペーパー「自由のための計画」が報告された第3回研究会の後、先に検討した第4回研究会でオールダムによる「Order」をめぐるメモランダムが議論された。つまりオールダムは、マンハイムのペーパーでの「Order」の言及を踏まえて、メモランダムを作成したことになる。いずれの研究会も1939年に開催されたが、第3回（1月）と第4回（4月）の間にはナチス・ドイツによるチェコスロヴァキア併合があり、次にはポーランドに侵攻するのではとの予測から、ムート・メンバーにとっても戦争の脅威がいよいよ切迫したものと考えられるようになっていたと思われる。前述のクレメンツ編『ムート文書』に収録された議事録を見る限り、マンハイムのペーパーについてはこの第3回・第4回の研究会で議論の対象となったが、「Order」に関する意見交換がなされたのは第4回研究会のようである。ゆえにここでは、第4回議事録に残る記録によりながら、さらなる「Order」の構想を探ってみたい。

前章で若干検討したオールダムの1939年8月執筆のペーパー「キリスト教世界の再生」は、CCFCLのマニフェスト的なものとして用意されたが、その構想にはいくつかの表現があったようで、ここで検討する同年4月のムート第4回研究会では「西洋の再生 (The Rebirth of the West)」と呼ばれていた。この研究会でオールダムは、キリスト教世界としての西洋の再生というCCFCLの大きな企図のために、「党」のようなものが必要であると主張した。ただしそれは、ナチ党や共産党とは全く異なるものでなければならないという。「Order」についてこのように切り出すオールダムの志向性は、ソ連共産党やナチ党からも学ぶべきものがあると主張するマンハイムのそれと重なり合うものと考えられる。オールダムによれば、

「それ〔党に当たるもの — 引用者〕は、組織化するのではなく、既存のあらゆる組織体を活性化させるために自由な〔活動ができるような — 引用

---

30) 最終的にこのペーパーは、オールダムの名前で『キリスト教世界の再建』(*The Reconstruction of Christendom*, London: Sheldon Press)として1940年に刊行された。Clements ed., *op.cit.*, pp. 136, 222-3.

者] ものであるべきである。例えばそれは、キリスト教的な社会秩序とは相いれない(栄養失調や失業といった)明確な諸問題に焦点を合わせ、どの政党も無視できないはずの質の高い思想と公平な関心を向けることによって、こうした活性化をなし遂げる。しかしそのような努力は、努力を見通すことのできる重要な人々の一団なくしては不可能だろう。<sup>31)</sup>

そしてオールダムは、いかにしてそうした一団<sup>ボディ</sup>を創るかという問題提起をして、先に触れた「Order」をめぐるメモランダムを提示した。ここから、この第4回研究会での「Order」をめぐる意見交換が始まるが、参加者それぞれがどのような発言をしたかをひとつひとつ取り上げる必要はない。ここでは、このディスカッションの中でのマンハイムの発言 — 議事録での記録はかなり断片的だが — を検討し、彼自身の「Order」観をさらに見てみたい。

まず第1に、マンハイムにとって「Order」は、ムートで練り上げられた思想を社会に浸透させ、必要な行動に移すような存在でなければならない。彼によれば、「ムートと CCFCL は主に思想の組織だが、Order はそれらの<sup>プラクティカル・オーガン</sup>実践的な組織でなければならない。ゆえに〔メンバーの — 引用者〕選抜の基本は、フレンドシップ以上のものでなければならない。Order は、世論に速やかに影響を与えようというのであれば、<sup>キー・ポジション</sup>鍵となる地位にいる 40～60 人の人々から構成されなければならない<sup>32)</sup>」。彼は同様の主張を次のようにも述べている。「ムートは思考する団体<sup>シンキング・ボディ</sup>である。Order は、社会全体への神経系のようなものであり、行動を起こす意思を生じさせ、それを社会に浸透させるものとならなければならない<sup>33)</sup>」。

第2に、マンハイムはこうした「Order」の行動が政治的な運動になることを

---

31) オールダムはこれに続いて、友人である政治学者 A・D・リンゼイ (The Master of Balliol) と同こうした一団への参加の必要性について話したと述べている。Clements ed., *op.cit.*, p. 208. なおリンゼイは翌 1940 年にマンハイムと会い、両者の親交が始まるが、そのきっかけがここにあった可能性がある。本稿ではその点については述べないが、リンゼイとマンハイムの関係性については改めて稿を草したい。

32) Clements ed., *op.cit.*, pp. 209-10.

33) *Ibid.*, p. 213.



自覚しているが、「Order」それ自体が「党」のような政治団体だとは考えておらず、「政治への橋渡し」としての存在と見なしている。<sup>34)</sup> 前述の通り、マンハイムはペーパー「自由のための計画」において、巨大な組織体と個人との間に位置するものとして「Order」を考えていたが、それに関連する発言がここにも見られる。つまり、

「私たちに必要なのは、完全に自由なアソシエーションと、党の技術<sup>テクニーク</sup>との間を媒介するものである。Order は、〔メンバーとなる人々の — 引用者〕経験を集め批判をすることにおいては、非常に自由で民主的なものでなければならない。だが、緊急を要する問題については、指令<sup>コマンド</sup>と見なされなければならない。それらは — 現下の状況では — 権威と自由のコンビネーション<sup>35)</sup>でなければならない。」

「Order」を考える際に「党」を引き合いに出す点、およびその人数として約 60 人と想定されている点、等、この時点で「Order」をめぐるマンハイムとオールダムのイメージはかなり近かったと考えてよい。

以上の、ムート第 3 回研究会のマンハイムの報告ペーパーと第 4 回研究会での発言を瞥見した限りで考えられるマンハイムの「Order」像は、社会の隅々に社会再建のための思想を浸透させるため、発達した社会的技術を駆使して行動する知識人集団・エリート集団というものであったろう。「神経系」という比喻がそれを表している。マンハイムにとって、「自由のための計画」は暴力革命によって達成されるものではない。むしろ、これまで存在してきたヨーロッパの伝統的価値を、急速に変化する大衆社会状況に即した形で存続させることこそ、全体主義と独裁という「歴史の死滅」に対して戦う英国が担うべき社会再建の使命である、というのがマンハイムの基本認識であったと<sup>36)</sup>考えられる。前述のように大衆社会状況においては、社会と人間行動に大きな影響を及ぼす社会的

34) *Ibid.*, p. 212.

35) *Ibid.*, p. 210.

36) そして後に述べるように、マンハイムの目には、英国人がその使命を自覚していないと映ったようである。

技術は少数者の手中に集中してしまう傾向にあり、しかもそれらを効率的に駆使する術はファシストやボルシェヴィキの方がはるかに長けていた。それは、マンハイムの『現代の診断』<sup>37)</sup>での言葉を用いれば「悪い種類の」計画化であって、デモクラシーが戦うべき相手ではあるが、それらと戦うには、大衆社会と社会的技術がいかなるものかについて英国でも学ぶ必要がある。そのためには、一方では知識人が単に個人として優れた考えを持っているだけでは不十分であり、他方では産業社会における巨大な組織体では社会の変化に速やかに対応できない。ゆえに、社会の変化の方向性について洞察力を持っている知識人やエリートは、旧来からのエリートであれ新来のエリートであれ、共に混ざり合って実践的な組織「Order」を形成し、迅速に行動する知的エリートとして「善い種類の計画」の実現を目指さなければならない。マンハイムは、その「Order」の実現に向けての議論と行動をムートに期待したと言ってよいだろう。

[謝辞]

本稿は、JSPS 科研費 JP15K03297 の研究成果の一部である。ムート文書の入手にあたっては、ユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドン教育研究院ニューサム図書館、エディンバラ大学ニューカレッジ図書館の関係各位、および米国バード・カレッジ教授のデヴィッド・ケットラー氏にお世話になった。記して感謝申し上げたい。

(本学国際教養学部教授)

---

37) Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, p. 1. 長谷川前掲邦訳、234 頁。



〈論 説〉

# 被疑者実名報道と 名誉毀損・プライバシー侵害

— 報道機関の見解、司法判断を手がかりに —

山 田 隆 司

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 被疑者実名報道に関する法的枠組みと報道機関の見解
- 三 被疑者実名報道に関する司法判断
- 四 被疑者実名報道に関する司法判断の検討
- 五 おわりに

## 一 はじめに

犯罪の被疑者とされた者らが、被疑事実の内容などを実名で報道されたことについて、名誉毀損あるいはプライバシー侵害に当たるなどとして、報道機関（本稿では、新聞社やテレビ局をいうものとする<sup>2)</sup>）を相手取って民事責任を追及する場合がある。果たして、こうした被疑者の実名報道は、民事上の名誉毀損あるいはプライバシー侵害に該当するのであろうか。

犯罪報道<sup>3)</sup>における実名については、社会的にみて正当な関心事であって、公

---

1) 本稿は、実名報道の対象として成年の被疑者（起訴後は被告人）に限定して論ずることとし、未成年者（少年）、精神障害者、自殺・心中をした者についての議論には触れない。また、近年、犯罪（事件）や事故の被害者の実名報道が論議を呼んでいるが、これにも触れない。曾我部真裕「『実名報道』原則の再構築に向けて『論拠』と報道被害への対応を明確に」Journalism2016年10月号83頁以下参照。

2) 曾我部・前掲注1)83頁。

3) 事件報道と呼ばれることもある。

其の利害に関するものであり、報道する側の表現の自由から言っても、通常であれば違法性のない行為として容認されるべきであると一般に考えられているが、<sup>4)</sup>実際の裁判において、実名を報道されて提訴した原告は、どのように主張し、被告の報道機関は、どのように反論し、裁判所は、どのように判断しているか。また、そもそも、報道機関は、なにを根拠として「犯罪実名報道主義」を採っているのであろうか。日本において、実名報道を禁止する法令は、少年のときに犯した罪によって公訴を提起された者らに関する少年法 61 条の規定があるだけであるから、実際の裁判において裁判所がどのような判断をしているのかについて詳細にみていくことにする。

本稿は、被疑者の実名報道に関する法的枠組みと報道機関の見解について概観したあと、被疑者の実名報道が問題となった昭和末期から平成の時代におけるいくつかの裁判を時系列的に検討し、考察を深めることとする。<sup>5)</sup>

## 二 被疑者実名報道に関する法的枠組みと報道機関の見解

### (1) 被疑者実名報道に関する法的枠組み

新聞のニュース記事あるいはテレビのニュース番組において、犯罪に関する報道は、政治、経済、国際、スポーツなどの分野と並んで、読者・視聴者が強い関心をもつ主要なニュースの 1 つである。

犯罪ニュースにおける被疑者の実名報道は、主として人格権侵害との関係で問題になる。<sup>6)</sup>まず、特定の者を犯罪の被疑者として報道することは、公然事実を摘示して人の名誉を毀損する行為であり、原則として、刑法上の名誉毀損罪

---

4) 喜多村治雄「実名報道と人格権侵害」竹田稔＝堀部政男編『新・裁判実務体系 第9巻 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』336-337 頁（青林書院、2001 年）。

堀口悟郎「判批」法セミ 741 号 110 頁では、犯罪報道における実名の公表は、報道内容の真実性を担保するために不可欠であり、高度の必要性が認められるとして、少年事件の場合を除いて一般的に適法とされてきた、としている。

5) 本稿では、いわゆる「匿名報道主義」の意義、根拠、見解についても、基本的に触れないこととする。

6) 本節全体に、竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』14 頁、59-60 頁（酒井書店、1982 年）、喜多村・前掲注 4）326-327 頁。山田隆司『名誉毀損』（岩波書店、2009 年）も参照。

(刑法 230 条)、民法上の不法行為 (民法 709 条) に該当する。それにもかかわらず報道機関が免責されるのは、犯罪報道が社会の病理たる犯罪を周知し、再発防止や被害予防を図るものであり、一般に社会的関心の高いものであるから、通常、公共の利益を図るものと理解されており、刑事責任については、刑法 230 条の 2 に定められた「公共の利害に関する事実」であって (以下、「公共性」とする)、報道目的が「専ら公益を図ること」であり (以下、「公益性」とする)、かつ、その事実が「真実であることの証明があったとき」であること (以下、「真実性」とする) という免責 3 要件に該当することを前提としている。そして、同条第 2 項が「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす」と規定しているから、刑事責任についての報道機関の立証は、「真実性」の証明に集中されることになる。また、民事責任についても、判例法理によって同様の枠組みが認められ、さらに、刑事・民事を通じて、「真実性」が証明されなくても行為者において「真実と信ずるにつき相当の理由があるとき」 (以下、「相当性」とする) は責任を負わないという判例法理が確立している<sup>7)</sup>。そうすると、名誉毀損については、その報道の「真実性」の証明がなされるか、「相当性」が認められると、その犯罪報道に違法性がないか、または故意もしくは過失がなく、不法行為が成立しないと解されているから、民事責任は発生しないことになる。このように、名誉毀損の免責範囲が著しく拡大し、報道の自由は実質的に拡張されたとする評価がある。

犯罪報道には、①捜査着手前、②任意捜査、③強制捜査、④起訴、⑤判決言渡し、⑥判決確定、という諸段階がある (②から④への場合もある) と考えられる<sup>8)</sup>。報道機関が、これらのどの段階において被疑者の氏名を明らかにして報道しても、公益性が認められる以上、「真実性」の証明あるいは「相当性」の証明ができるかどうかにかかっており、法律上、許されない段階はないとされる。もっとも、①捜査着手前、および②任意捜査、の段階においては、犯罪を立証

---

7) 刑事事件について最大判昭和 44 年 6 月 25 日刑集 23 卷 7 号 975 頁、民事事件について最判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 卷 5 号 1118 頁。

8) ④起訴から⑥判決確定までの段階を裁判報道と呼ぶこともある。民事訴訟で争われる報道を報道機関の取材形態によって分類すると、捜査当局の発表による報道、捜査当局への非公式な取材に基づく報道、報道機関の独自取材に基づく報道、の 3 つがある。

することができるかどうか、見通し困難な場合が多いから、これらの段階で実名報道をすれば、名誉毀損の責任を問われる度合いが高いとされる。その場合、氏名を明示せず、匿名あるいは役職名を表示して犯罪の容疑を指摘する報道の手法があるが、氏名を明示していなくても一定の範囲の読者が特定の人物を指していると記事内容から判断できるときは、その人物に対する名誉毀損行為となるとされる。<sup>9)</sup>したがって、①捜査着手前、および②任意捜査、の段階において実名報道をするか否かは、取材の信頼度をもとに、当該犯罪報道の意義、被疑者の社会的地位、当該報道が社会に与える影響などを報道機関が充分に考慮し、その責任で判断すべき問題であると考えられている。

また、犯罪報道は、被疑者の生い立ち、前科、家族関係などプライバシーに関する内容が報道されることがある（プライバシー侵害）。その場合は名誉毀損とは異なり、公開されたプライバシーに関する事実について真実であることを証明しても違法性は阻却されず、比較衡量の枠組みで不法行為の成否が判断されると考えられている。<sup>10)</sup>

さらに、実名による犯罪報道によって、名誉が毀損され、プライバシーが公表され、以上のような免責法理が適用される場合でも、人格権（名誉権・プライバシーの権利など）から派生する人格的利益として、実名で報道されないという人格的利益があり、これを故意または過失によって侵害した場合は、不法行為上、違法性を帯びると解されている。

## （2）被疑者実名報道に関する報道機関の見解

報道機関が採っている実名報道原則の根拠はなんだろうか。

日本新聞協会の新聞協会研究所に設けられた新聞法制研究会がまとめた『新・法と新聞』によれば、犯罪に関する実名報道の必要性は、つぎの3点に集約できるとする。<sup>11)</sup>

9) 名古屋地判昭和56年2月23日判時1020号83頁。

10) ノンフィクション『逆転』事件・最3小判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。長谷部恭男「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕140頁、大石泰彦「判批」メディア判例百選92頁、滝澤孝臣「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』105頁以下など参照。本稿では、この事件名を「『逆転』事件」と略すことがある。

11) 日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』165-166頁（日本新聞協会、1990年）。



- ① 記事の客観性、正確性と読者に与える記事の説得力を確保する。
- ② 犯罪に対する一般的な抑止効果。
- ③ 公権力行使に対する監視機能。

同書では、このうち、①については特別の異論はないところであろうとするが、②については慎重な議論が必要であるとし、実名報道によって結果として犯罪抑止につながる面はあるとしても初めから犯罪予防を目的として実名報道をしているわけではない、とする。もともと、実名報道が犯罪予防に関してまったく価値がないことはなく、犯罪傾向や腐敗についてのキャンペーンなどには犯罪の一般的な抑止効果を果たしていると考え、と付け加えている。また、③については、実名報道の重要な効果であるとし、もし匿名報道<sup>12)</sup>を採ると、当局の発表も匿名になる恐れがあり、密室捜査を助長することにもなりかねないと主張する。

近時、日本新聞協会が発刊した『実名報道』には、被疑者に限定した議論というわけではないが、実名で報道する必要性・意義として、つぎの点などが挙げられている<sup>13)</sup>。

- ① 国民の知る権利がまっとうされるためには、知るべき事実の核として実名は欠かせないこと、
- ② 社会悪の追及、公権力のチェックも実名があることが前提となり、実名が明らかになることによって国民の側から新たな情報が寄せられ、公権力の監視機能が強まること、
- ③ 事件など社会で生起する事象は、時間が過ぎればそのまま歴史的事実になり、それを新聞記事やテレビ映像のかたちで記録に残し、後世に伝えることはメディアの役目であり、そうした事実の核心が実名であること、

---

12) 匿名報道については、多数の文献があるが、ここでは浅野健一『犯罪報道の犯罪』（学陽書房、1984年）、浅野健一＝山口正紀『匿名報道』（学陽書房、1995年）、日本弁護士連合会人権擁護委員会編『人権と報道』198-215頁（明石書店、2000年）、平川宗信『報道被害とメディア改革』70-72頁（解放出版社、2010年）、飯島滋明編著『憲法から考える実名犯罪報道』（現代人文社、2013年）、佃克彦『名誉毀損の法律実務〔第3版〕』241-257頁（弘文堂、2017年）など参照。

13) 日本新聞協会編『実名報道』15-24頁（日本新聞協会、2016年）。ナンバリングは筆者による。

- ④ 「5W1H」のうち、だれが、なにを、は情報の核であり、この2つを欠いては情報として成立しないこと、
- ⑤ 実名による報道は、匿名と比べ、読者・視聴者への強い訴求力をもち、事実の重みを伝えること、  
 — である。<sup>14)</sup>

では、日本新聞協会の加盟各社はどのように考えているか。たとえば、朝日新聞社も、事件報道において実名原則を採っているとする。<sup>15)</sup> 同社が2004年にまとめた『事件の取材と報道2004』によれば、「氏名が人格を重んじる基礎である」という基本的な立場に加え、実名を原則とする理由として、以下のように説明している。

①「社会で何が起きているのか」という関心に応えるには、いつ、どこで、だれが、なぜ、どのように、何ををしたという「5W1H」のニュースの基本要素が欠かせない。社会生活を脅かす犯罪者、その容疑を受けた者などが「だれ」なのかは犯罪事実とともに最も重要な関心事である。実名を知るとは、写真などとともにリアリティー（現実性）をもって情報を共有するための要素の1つである。容疑者の実名を報じることによって、人としての存在感が伝わる。人は、具体的に事実を知ったときほど、切実感を持って、その事実から何かを汲みとろうとする。事件を歴史にとどめる意味でも実名は欠かせない。

②捜査機関など権力機構の恣意的な情報隠しや誤りがないかをチェックすることは報道機関の役割の1つである。実名での報道は、権力機関が法を適正に

14) 日本新聞協会編集委員会『取材と報道〔改訂5版〕』11頁（日本新聞協会、2018年）では、実名報道を原則としているとし、氏名は人格の象徴であり、事実の核心である「だれが」という情報は必須であり、真実性の担保となると強調している。

15) 「事件の取材と報道2004」編集委員会編『事件の取材と報道2004』11-12頁（朝日新聞社、2004年）。説明のナンバリングは筆者による。

読売新聞社『新・書かれる立場 書く立場』287頁以下（読売新聞社、1995年）では、「基本姿勢」としてニュースの対象となる人や組織は実名報道するのが原則であるとし、「加害者」についての記述原則として、逮捕された容疑者は実名で書く、結果が重大な過失事件の容疑者は実名で書く、書類送検される容疑者は容疑内容・被害程度・容疑者の社会的立場などを勘案して実名か匿名かを判断する — などとしている。読売新聞社『書かれる立場 書く立場』239頁以下（読売新聞社、1982年）、読売新聞社編『「人権」報道』151頁以下（中央公論新社、2003年）も参照。

執行しているかどうかについて国民の側からの監視をより容易にする。

③匿名報道は、地域社会や特定の人たちの間で「犯人捜し」や「疑心暗鬼」が広がるなどの無用な混乱を招く場合がある。インターネットなどの情報が加味されて事実がゆがんだ形で伝わってしまう恐れが強まっている中で、新聞の実名報道は、無責任なうわさの独り歩きを是正するための1つの方法でもある。

同書では、こうした意義を前提に、実名で報じるか、匿名で報じるかは、関係者の社会的地位・立場や事件の重大性と書かれる側の被る不利益などを考慮して判断する、と説明している。実名に基づく十分な取材をし、その中で得られた事実関係を踏まえたうえで、報道機関が自主的に決める、としている。

### 三 被疑者実名報道に関する司法判断

実名報道そのものが争いの対象となった裁判例は多いとは言えないが、時系列的には、昭和の時代から存在する。実名報道が名誉毀損、あるいはその要素とされたものとして、たとえば、いわゆる「嬰兒変死事件」における1審・宇都宮地方裁判所の昭和44年（1969年）判決がある。<sup>16)</sup>この事件は、生後3か月の男児が急死した事案について、栃木県の下野新聞社が「口を押え殺す?」「えい児変死」「近く家族調べる」などの見出しを付けた記事で男児や父親の実名を報道したことから、男児の両親らが名誉を毀損されたなどとして下野新聞社および編集局長を相手取り、損害賠償などを求めて提訴したものである。1審判決は、当該事案を報道した新聞の中には、「幼児の死因に不審」との見出しで男児の急死の事実を報じながらも、男児や父親の名前にはふれず、「宇都宮市…町地方公務員Aさん夫婦」「男の赤ちゃん」という表現をするなど相当慎重な配慮をしたあとが窺われる新聞があるとする一方、被告新聞社が実名を使用したこと

---

16) 宇都宮地判昭和44年9月30日下民集20巻9=10号737頁。本件1審は原告側の請求をほぼ認容したが、2審・東京高判昭和46年4月9日民集26巻9号1650頁は1審被告敗訴部分を取消し、被告新聞社の担当記者に相当性があつたと認めるなどして原告らの請求を棄却した。上告審の最1小判昭和47年11月16日民集26巻9号1633頁は原審判決を破棄し、相当性があつたとは言えないと判示して、原審に差戻した。この上告審判決は、他紙の報道の仕方にはふれないものの、結論としては1審の判断を維持している。

について名誉毀損が成立する一因であるとしている<sup>17)</sup>。また、過激派のアジトに関する読売新聞（当時・大阪読売）の報道についての名誉毀損事件において、大阪地方裁判所は、昭和 50 年（1975 年）、「原告が本件部屋をいわゆる過激派のアジトとして使用していたかどうか断定できず、従って警察当局の責任者が原告の氏名の公表をさし控えていたのに、右の事実の裏付取材を十分なさないままにこれを断定的に記載しかつ原告の氏名を報道した」などとして被告の過失を認め、損害を賠償する責任があると判示した<sup>18)</sup>。

### (1) 三重ゴミ収集車事件

これらに対して、実名報道が違法性なしとされた例もある。それが、いわゆる「三重ゴミ収集車事件」の津地方裁判所昭和 63 年（1988 年）7 月 21 日判決である。

三重県鳥羽市で 1984 年、ゴミ（塵芥）収集車のテールゲートが落下し、作業員 2 人が死亡する事故が起きた。会社社長 X が業務上過失致死容疑で書類送検され、三重県警の発表に基づいて、朝日、毎日、読売（当時・中部読売）の新聞 3 社は X を実名かつ呼び捨てで報道した。X は、その後、不起訴（起訴猶予）処分となった。

X は、本件実名報道および呼び捨て報道で名誉を毀損されたとして、新聞 3 社などを相手取り、損害賠償を求めて提訴した。X 側は、被疑者を匿名にしても、その真実性や正確性には影響がなく、実名報道・呼び捨て報道による弊害は匿名報道に比べて深刻であり、直ちに廃止されるべきである、などと主張した。これに対し、被告・新聞 3 社は、捜査当局の発表による犯罪報道の場合、原則として実名で報道し、敬称を外すというのが当時の一般的・伝統的な扱いであって、社会通念や国民感情としても広く受け入れられてきたものであり、内容も書類送検の事実を報じたにすぎない、などと反論した<sup>19)</sup>。

1 審の津地方裁判所は、「本件記事の各掲載報道は、捜査当局からの捜査中の犯罪行為に関する公表に基づくものであって、いずれも公共の利害に関する事

17) 五十嵐清『人格権法概説』63 頁（有斐閣、2003 年）。

18) 大阪地判昭和 50 年 10 月 27 日判時 825 号 77 頁。

19) 朝日新聞 1993 年 7 月 17 日付など。

柄を、もっぱら公益を図るためになされたものであることは、その内容、表現方法からみて明らかというべきであり、しかも、その内容はすべて真実と認められる」とした。そのうえで、「犯罪報道にあたり、関係当事者の実名をあげるかどうか、またその者に敬称を付するかどうかということは、その犯罪の内容、被害者や市民の感情及びそのときの社会通念等を十分に考慮したうえ総合的に判断すべき事柄であるところ、本件記事のような捜査機関が公表した犯罪につき、その被疑事実が真実と認められ、かつ、これを正確に報道していることに加え、Xの右被疑事実の内容等を併せ考えると、被告新聞社らがこれまでの慣行どおり実名でかつ敬称を外して報道したからといって直ちにこれが違法な行為<sup>20)</sup>ということとはできない」として、Xの請求を棄却した。

三重ゴミ収集車事件において2審・名古屋高等裁判所は、1990年（平成2年）12月13日、この事案を名誉毀損の事件であることを前提に、つぎのように述べて、実名報道に違法性がないと判断した。<sup>21)</sup>「一般に犯罪報道については、書かれる方特に犯罪主体とされる側からすると、匿名又は仮名でなされることが望ましいことは言うまでもないが、現在においても社会一般の意識からみて右報道における被疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であると観念されている……から、被疑者を実名にするかどうかを含めてその特定の方法、程度の問題は、一義的には決められず、結局は犯罪事実の態様、程度及び被疑者の社会的地位、特質（公人たる性格を有しているか）、被害者側の被害の心情、読者の意識、感情等を比較考量し、かつ、人権の尊重と報道の自由ないし知る権利の擁護とのバランスを勘案しつつ、慎重に決定していくほかない」とした。そのうえで判決は、「本件記事が報道された昭和五十九年四月当時、犯罪報道は実名報道を原則とし、本人に対する強制捜査、とくに逮捕後は本人の実名を挙げて報道するのが通例であって、このことはマスコミ各社報道基準集からみても明らかである」とし、「Xは、なる

---

20) 津地判昭和63年7月21日判時1300号108頁。原告は、三重県警の警察官が原告を立件・送検し、そのことを公表したことに過失があるなどとして、三重県に対して国家賠償法に基づく損害賠償請求も求めたが、本稿では割愛する。また、判決文中、原則として原告・報道対象者をX、被告・報道機関をYとする。

21) 名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁。喜多村・前掲注4）331頁。

ほど逮捕はされていなかったが、右各報道当時、第一次捜査機関の被疑事実は証拠によって固められ、検察官にその被疑事実を以て送致されたこと、右被疑事実による被害は死者二名で、塵芥収集車による特異かつ重大な事故であることは前認定のとおりであり、被害者側の心情、社会一般の市民レベルの意識、感情からみて、軽微事件とは扱い得ないと解せられること、他方記事の扱いは、いずれも一段の写真なしのベタ組みの地味な扱いで、見出しも客観的な「社長送検」（朝日、中部読売）あるいは「会社役員送検」（毎日）であること、記事内容も送致事実の範囲に止まり……、以上の各事実を総合すれば、実名による各社の本件報道は、当時の報道の実情、本件報道の態様、被疑事実の程度、態様、Xの責任ある社会的地位、被害者側の心情、社会感情等からみて、Xにとって名誉なものでなかったことは分かるが、これのみで直ちに違法なものと解することは困難である<sup>22)</sup>と結論づけた。

控訴棄却を受けてX側は、被疑者の特定が犯罪ニュースの基本的要素でないことは国際的にも知られており、スウェーデンでは被疑者の特定などを無視して匿名主義を貫いているなどと主張し、上告した。しかし、最高裁判所第3小法廷は、1993年3月2日の判決において、報道に際して原告を実名かつ呼び捨ての形で表記した点について違法性は認められないとした2審の判断は正当として是認できる、などとしてX側の上告を棄却し、事件は確定した<sup>23)</sup>。

## (2) 公正証書原本不実記載逮捕事件

三重ゴミ収集車事件・2審判決と同年の1990年（平成2年）には、資産家が金融会社に4000万円余りの借金をしているとする虚偽の事実を公正証書の原本に記載させた公正証書原本不実記載罪などの容疑で東京・杉並警察署に逮捕され、のちに不起訴になった者Xが、警察発表に基づいて容疑内容を実名で報道されたことによって名誉を毀損されたなどとして、毎日、朝日、産経、日経の新聞4社に対して、実名報道した責任を追及し、不法行為に基づき損害賠償を請求した事件の判決があった（以下、「公正証書原本不実記載逮捕事件」とする<sup>24)</sup>）。

22) 控訴審は、呼び捨て問題についても違法性はないとした。

23) 各紙1993年3月3日付など。

24) 東京地判平成2年3月23日判時1373号73頁、判タ744号157頁。毎日新聞1990年3月24日付など参照。本件では、警察による逮捕実名発表も問題とされているが、本稿



Xは、「政治家や高級公務員のように国家・社会に大きな影響を与える人物が、職務に関して犯した犯罪は別であろうが、一市民の犯したとされる犯罪について被疑者の実名を報道する必要性はまったくない。……いったん被疑者として報道された者の名誉、信用の回復は、後日その嫌疑が晴れたとしても、ほとんど不可能となってしまうのであるから、報道機関は有罪が確定するまで、少なくとも一審において有罪判決が出るまでの間は、犯罪報道を匿名で行なうべきであって、後に、当該犯罪事実が誤りであると判明した場合、敢えて実名によりこれを報道した者は、過失の存否にかかわらず責任を負うべきである」としたうえで、「Xに関する前記被疑事実についても、匿名で報道すれば十分に用を足すものであったにもかかわらず、被告各新聞社は、読者の興味を引きつけ自紙の売上を伸ばそうとする商業主義的動機から、いずれもどぎつい見出しを付して原告の実名を（被告毎日及び被告産経は顔写真まで掲載して）報道したものである」と主張した。

東京地方裁判所は、本件記事の事実が名誉毀損の免責要件の「公共性」「公益性」を充たすと認め、さらに「犯罪捜査にあたる警察署の捜査官が、捜査結果に基づいて判明した被疑事実を記者発表の場などで公にしたような場合には、その発表内容に疑問を生じさせるような事情がある場合は格別、そうでない限りは、当該事実を真実と信じたとしても相当な理由がある」と「相当性」をも認めた。そのうえで、「公式の発表があった場合、取材にあたる報道機関としては、捜査機関が広範な権限を駆使して捜査活動を行い、証拠資料など十分な根拠に基づき……当該被疑事実につき相応な確信を得て発表に及んだものと受け止め、それを真実であるとして報道を行なったとしても無理からぬものがあるのであり、……常に事実の真偽について独自に調査・確認することを義務づけることは、相当でない。したがって、被告各新聞社の本件各記事掲載は不法行為にあたらない」とした。そして、Xは、「通常の犯罪に関して被疑者の実名を、まして、顔写真を添付してまで報道する必要性はない」などと主張するが、「犯罪の報道において、公共の利害に関するものとみなされるのは、犯罪事実自体のみならず、これと一定の関連性を有する事実も含まれ、被疑者の氏名や顔写



真が関連性を有しないとまではいえないのであるから、所論は独自の見解というべきで採用できない」と判示した。

### (3) 沖縄教諭逮捕事件

2008年（平成20年）には、被疑者の実名報道が正面から争われた裁判の判決があり、注目された。<sup>25)</sup> 事件は、女子中学生にみだらな行為をしたとして、2007年に沖縄県の公立中学校教諭Xが県青少年保護育成条例違反容疑で逮捕されたことが発端である。この事件で、後に起訴猶予となったXは、沖縄県警の実名発表およびテレビ局の実名報道で名誉を毀損されたとして、テレビ局Yなどを相手取り提訴した（以下、沖縄教諭逮捕事件とする）。X側は、中学校の教諭にすぎない者が逮捕されたことを実名報道する必要性はなく、匿名で報道したとしてもニュース価値に大差はないにもかかわらず実名報道をしたものであって、本件各報道は違法であると主張した。

本件1審の那覇地方裁判所は、2008年3月4日、判決を下した。<sup>26)</sup> そこでは、「被疑者の実名報道は、匿名での報道と比較して、被疑者の名誉を著しく毀損し、その社会的評価を格段に低下させるものであり、また事後的に無実であることが判明したとしても、その名誉を回復することは、真犯人が判明したことが広く報道されたような場合を除いて、極めて困難であることは公知の事実といってよいと思われる。また、実名報道が当該犯罪と無関係の被疑者の家族らの生活にも重大な支障を生じさせかねないものであることや、刑事裁判における無罪の推定原則からも、その当否については、かねて議論の存するところである」とした。そうだとしつつも、「しかしながら、我が国においては、……少年法61条の規定があるほかには、実名報道を禁止する法令の規定はない。また、最近では、比較的軽微な犯罪については、被疑者の氏名を匿名とした報道がされることが増加しているが、公務員、とりわけ公立学校の教諭の生徒に対する破廉恥罪については、実名報道がされることも決して少なくない……、このような報道のあり方は、青少年を指導する立場にあり、一般の公務員より一層高い倫理性を要求される公立学校の教諭の職務の特殊性等に照らして相応の合理性が

25) 山田隆司『記者ときどき学者の憲法論』91-97頁（日本評論社、2012年）。

26) 那覇地判平成20年3月4日 LEX/DB 文献番号 25400348。

ある……。したがって、公立中学校の教諭について実名報道をすることは、社会的に許容されている」と解した。そして、「本件被疑事実は、公立中学校の教諭であるXが指導を受ける立場にある女子中学生に対し、みだらな性行為をしたというものであるから、YらがXが逮捕されたことを実名報道したことは、社会的に許容されるものであり、違法性を欠く<sup>27)</sup>」と結論づけた。

本件の2審判決は、2008年（平成20年）10月28日、X側の控訴を棄却する判断を示した<sup>28)</sup>。判決では、「本件各報道は、Xの社会的評価を低下させるものであり、その名誉を毀損する」として、その理由について原判決を引用しつつ、そのうちYらが実名報道をしたことの違法性について説示する部分には、「なお、」として「プライバシー侵害による不法行為の成否の問題としてとらえるべきであり、名誉毀損に当たるか否かとは直接に関係するものではない」と付け加えた。そして、「本件被疑事実は公共の利害に関する事実に係り、本件各報道はその目的が専ら公益を図ることにあつて、Yらが本件被疑事実を真実と信ずるについて相当の理由があるから、Yらには故意又は過失がなく、不法行為は成立しない」と判断した。その理由として、原判決における「事実及び理由」の「第三 判断」の2項を引用した。

つぎに、2審判決は、「名誉毀損とは別個の問題として、人には、たといそれが真実であったとしても、他人に知られたくない私生活上の事実又は情報をみだりに公表されないという利益（いわゆるプライバシーの権利）があり、その法的保護が問題となる（最高裁平成15年3月14日第二小法廷判決・民集57巻3号229頁参照）。そして、逮捕されたという事実は人の社会的評価に直接かわる私生活上の情報であるから、これを実名をもってみだりに公表されないことは、プライバシーの一環として法的保護を受けるものであり、逮捕された事実を正当な理由なく実名で報道されないという利益は、不法行為法による保護の対象となると解される。したがって、本来、本件においては、実名報道がされた結果としての名誉毀損による不法行為の成否を問題とする前に、そもそも、実名報道自体がXのプライバシーの侵害として不法行為に当たらないかどうか

---

27) 以上、「事実及び理由」の「第三 判断」の2項。

28) 福岡高那覇支判平成20年10月28日 LEX/DB 文献番号 25421423。

を検討する必要があった」とした。そのうえで、「Xの主張は、本件各報道によって名誉を毀損されたというものであるが、Xが実名で報道された点を特に問題としていることからすれば、Xは、本件各報道による不法行為として、実名をみだりに報道されないというプライバシーの侵害をも併せて主張しており、Yらは、このXの主張を争っているものと解される（原判決も、名誉毀損の違法性という観点からではあるが、実名報道の許否について、以下と実質的に同趣旨の利益衡量を行っている。）。そこで、当事者双方による主張・立証の機会を改めて設けることなく、以下、名誉毀損による不法行為の成否とは別個に、プライバシーの侵害による不法行為の成否について判断を加える」とした。

つづいて、「本件各報道は、Xの承諾なしにXの実名を報道しているから、プライバシーの侵害に該当するものである。そして、プライバシーの侵害によって不法行為が成立するか否かについては、実名を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立するものと解される」とノンフィクション『逆転』事件・上告審判決を参照し、「実名を公表されない法的利益」と「実名を公表する理由」のそれぞれについての検討に入る。

まず、「実名を公表されない法的利益」に関しては、〔1〕Xは、病気休職中ではあったが、中学校教員として社会生活を営んでいたこと、〔2〕本件各報道は、沖縄県全域を対象に行われていること、〔3〕本件各報道は、一般の視聴者に対し、Xが逮捕されたことにとどまらず、Xが本件条例違反の罪を犯したとの印象を与えかねないこと、〔4〕逮捕された事実が実名で報道された場合には、Xが事後的にその名誉を回復することは、實際上、極めて困難であること、〔5〕実名報道がされた場合には、その影響が本件被疑事実とは無関係なXの家族らの生活にも及ぶこと ― などの点を考慮する必要がある、「Xは、本件被疑事実により逮捕されたことが実名で報道されると、職場への復帰が事実上困難になるなど、社会生活上、重大な影響を被ることになるから、実名報道より、匿名報道の方が相当であるといえる」とした。

これに対し、「実名を公表する理由」に関しては、〔1〕刑事事件については、手続を密室化しないという社会的要請があること（刑事事件については、非公開を原則とする少年事件に関する少年法61条のような規定は設けられておらず、

同規定の反対解釈からしても、一定の範囲で実名による報道が許容されているといえる)、〔2〕Xは中学校教員であるところ、教員は青少年を指導教育する者として身分が尊重される反面、一般の公務員より高い倫理性が要求されていること、〔3〕このような教員としての特殊性からすれば、中学校教員が女子中学生とみだらな行為をしたということは、仮にこれが事実であるとすれば、ある意味で、最も教員としての責務に反する行為であるとの評価も成り立ち得る性質の犯罪であること、〔4〕本件被疑事実により教員が逮捕されたということは、公共の利害に関する事実に係るものであって、一般に社会的な関心が高い事実であること、〔5〕報道機関は、公共の利害に関する事実については、国民の知る権利にこたえるためにも、これを正確に報道することが求められているところ、報道の正確性・客観性を期するためには、匿名報道ではなく、被疑者の氏名を特定した実名報道の方が適当であること ― などの点を考慮する必要がある、「これらの事情からすれば、本件被疑事実によりXが逮捕されたことを実名で報道すべき必要性も、十分に肯認することができる」とした。

結局、「以上の事情を総合して比較検討すると、一方において、実名で報道されることによりXが被る不利益は大きく、実名を公表されない法的利益も十分に考慮する必要があるけれども、他方において、特に、青少年を教育指導すべき立場にある中学校教員が女子中学生とみだらな行為をしたという本件被疑事実の内容からすれば、被疑者の特定は被疑事実の内容と並んで公共の重大な関心事であると考えられるから、実名報道をする必要性は高いといわなければならない、実名を公表されない法的利益がこれを公表する理由に優越していると認めることはできない」と判断し、「本件各報道については、プライバシーの侵害を理由とする不法行為の成立も認められない」と結論づけた。<sup>29)</sup>

#### (4) 偽造契約書逮捕事件

実名報道についての近時の裁判例としては、名誉毀損、プライバシー侵害などを理由に新聞3社を相手取った事案がある。<sup>30)</sup> 愛知県名古屋市で経営コンサル

---

29) Xは、NHK・地元民放3社を相手取る「対メディア訴訟」と、県を相手取る「対行政訴訟」の2本立てで損害賠償を求め、提訴したが、いずれも1審から最高裁まで原告敗訴の判決が下った。各紙2010年6月9日付。

タント業などを目的とする会社を営んでいた原告Xは、ある女性と共謀の上、同女性が名古屋地方裁判所に提起した連帯保証債務請求事件を有利にしようと企て、連帯保証人欄が偽造された経営委託契約書を同女性の代理人弁護士を介して同裁判所に提出したとして、2010年2月、偽造有印私文書行使罪の容疑で愛知県警中警察署に逮捕された。Xは、被疑事実について否認し、勾留されたが、後に不起訴処分となった。本件逮捕の翌日朝刊に新聞3社（Y<sub>1</sub>～Y<sub>3</sub>）は、本件逮捕に関する記事を掲載した<sup>31)</sup>。Xは、Y<sub>1</sub>～Y<sub>3</sub>に対して、これらの記事によって名誉を毀損され、名誉感情およびプライバシーを侵害されたとして、共同不法行為に基づく損害賠償金の連帯支払いなどを求めた（以下、偽造契約書逮捕事件とする）。

1審の東京地方裁判所は、つぎのように判断した。本稿テーマの実名報道との関係を重点として、名誉毀損における違法性阻却事由などの有無についてみると、原告Xは、「本件逮捕の報道に公共性が認められるとしても、Xは全くの一般私人であって、本件各記事におけるXの氏名等の掲載は、客観的に見て公共の利害に関わり、公益目的達成のために必要であるとはいえない」と主張するとしうえて、「確かに、犯罪報道については、被疑者の名誉の保護の観点を重視すれば、被疑者を特定しない形で報道されることが望ましいことはいうまでもなく、また、……専門家等から、新聞報道によって氏名等を公表された被疑者が自殺、解雇又は退職、離婚又は別居、嫌がらせなどの被害に遭っている実態が指摘され、犯罪報道のあり方に関し、被疑者を匿名とする犯罪報道が進

---

30) 東京地判平成27年9月30日 LEX/DB 文献番号25541496。東京高判平成28年3月9日 LEX/DB 文献番号25542147。2審判決のうち、プライバシー侵害の部分について、堀口・前掲注4) 110頁。

31) 被告Y<sub>1</sub>（毎日新聞）は、Y<sub>1</sub>新聞中部本社版2010年2月11日付朝刊社会面において、本件逮捕について、『「連帯保証人」契約偽造して『カネ払え』』、『名古屋の男逮捕』との見出しを付けた記事を掲載するとともに、同内容の記事をY<sub>1</sub>が管理するインターネット上のウェブサイト「Y<sub>1</sub>j p」にも掲載した。

被告Y<sub>2</sub>（朝日新聞）は、Y<sub>2</sub>新聞名古屋本社版朝刊社会面において、本件逮捕について、「偽造 見破ったり!」と題する囲み記事で、「契約書 鑑定でダメ」、「容疑の会社役員逮捕、否認」との見出しを付けた記事を掲載した。

被告Y<sub>3</sub>（中日新聞）は、Y<sub>3</sub>新聞市民版朝刊社会面において、本件逮捕について、「偽造契約書を使った男逮捕」との見出しを付けた記事を掲載した。

んでいる諸外国の取組が紹介された上で、日本においても実名報道の原則を見直すべきであるとの議論がされていることが認められ、犯罪報道のあり方については今後議論の余地がある」とする。その一方で、「現時点においては、犯罪報道における被疑者の特定は、その基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であるというのが社会通念であり、犯行の日時、場所、被疑者等を特定することによって報道内容の真実性が担保され、捜査機関の捜査が適正に行われているか、恣意的な情報操作がないかを監視し、周辺地域内での無用な犯人捜し等を防止する役割を果たす側面があることは、なお否定し難い」とした。そして、「本件逮捕に係る被疑事実、裁判の公正を妨げ、司法制度全体に対する信頼を揺るがしかねないものであって、決して軽微な事件とはいえず、司法制度を利用する多くの国民の利害に影響を与えるものであることから、社会に対して注意を喚起し、同種事案の再発を防止するという観点からも、被疑者の氏名を公表する社会的意義は大きい。したがって、本件各記事の摘示事実のうち、被疑者の氏名も、公共の利害に関する事実に含まれるというべきであり、その報道は専ら公益を図る目的に行われたものといえる」として、公共性・公益性を認めた。真実性・相当性については、Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>の記事にはいずれも真実性を認めて違法性がないとする一方、Y<sub>1</sub>の一部記事には相当性を否定し、不法行為が成立するとした。

また、この1審判決は、プライバシー侵害については、つぎのように判示した。すなわち、「本件各記事は、いずれも、Xの氏名、住所の一部、年齢、職業といった個人情報及びXが逮捕された事実を報道している。これらの情報のうち、特に逮捕された事実については、人の名誉や信用に直接関わる情報であって、一般人の感受性を基準として当該私人の立場に立った場合に公開を欲しない情報である。また、氏名や住所については、自己が欲しない他者にみだりに開示されたくないと思えるのは自然であり、逮捕された事実と相まって、嫌がらせを受ける可能性が高いことに鑑みれば、一般人の感受性を基準として当該私人の立場に立った場合に公開を欲しない情報である。そして、年齢や職業についても、氏名と結びついて個人を識別するために必要な情報で、自己が欲しない他者にみだりに開示されたくないと思えるのは自然であり、一般人の感受性を基準として当該私人の立場に立った場合に公開を欲しない情報である」と



したうえで、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」と『逆転』事件・上告審判決を参照し、「新聞に掲載された当時のXの社会的地位、当該犯罪行為の内容、これらが公表されることによってXのプライバシーに属する情報が伝達される範囲とXが被る具体的被害の程度、記事の目的や意義、当該記事において当該情報を公表する必要性など、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要である」という基準を示す。そして、この点について、被告Y<sub>2</sub>および被告Y<sub>1</sub>は、「犯罪報道において、一方で名誉毀損について免責法理により不法行為は成立しないとしながら、他方でプライバシー侵害について違法とすれば、憲法21条の保障を空文化してしまうことから、犯罪報道など公共の利害に関する事実の報道として、違法性を阻却される表現行為は、原則としてその範囲内では違法となるプライバシー侵害もない」と主張するが、判決は「外部的名誉（社会的評価）とプライバシーは全く別個の法益であり、記事の内容が真実であってもプライバシー侵害は成立し得ることからすれば、名誉毀損について免責法理の適用により不法行為が成立しないからといって、当然にプライバシー侵害の不法行為が成立しないということとはできず、上記主張は採用することができない」とした。

1審判決は、「確かに、……Xは全くの私人であって前科前歴もないこと、新聞報道によって氏名等を公表された被疑者が自殺、解雇又は退職、離婚又は別居、嫌がらせなどの被害に遭っている実態があること、Yらは大手の日刊新聞社で、本件逮捕に関する記事は、多くの発行部数を有する日刊新聞に掲載されたこと、特に、本件Y<sub>1</sub>新聞記事についてはインターネット上にも掲載され、日本だけでなく世界中の人が閲覧し得る状態にあり、Xのプライバシーに属する情報は、かなり広範囲に伝達されたことが認められるところ、これによって事後回復が事実上不可能な被害が生じ得ることから、Xのプライバシーに属する事実を公表されない法的利益を軽視することができない」と述べる。そして、「しかしながら、本件逮捕に係る被疑事実は、裁判所を欺いて勝訴判決を騙し取る目的で偽造の証拠を提出したというもので、裁判の公正を妨げ、司法制度全体に対する信頼を揺るがしかねない事件であって、決して軽微な事件とはいえ



ず、司法制度を利用する多くの国民の利害に影響を与えるものであることから、これを報道する社会的意義は大きいと考えられ、本件各記事は、主として、社会に対して注意喚起を行うとともに、同種事案の再発を防ぐことが目的であったといえることができる。確かに、犯罪報道のあり方に関し、日本においても実名報道の原則を見直すべきであるとの議論がされているものの、なお現在においても、犯罪報道における被疑者の特定は、犯罪報道の基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であり、被疑者の氏名、年齢、職業、住所の一部等の個人情報とともに、逮捕された事実を報道することは、報道内容の真実性や正確性の担保のために一般的に必要であり、これによって報道内容の真実性を担保することで、捜査機関の捜査が適正にされているかや、恣意的な情報操作がないかなどを監視し、また、周辺地域内での無用な犯人探し等を防止する役割を果たす側面があることを否定することはできない。そうすると、Xのプライバシーに属する事実を公表する必要性は決して小さいとはいえない」とする。「したがって、事件の基本的な要素である被疑者の氏名、年齢、職業、住所の一部等の個人情報とともに、逮捕された事実を報道した本件各記事は、これを報じる意義、必要性が、これらのプライバシーに係る情報を公表されない法的利益に優先するから、本件各記事について、プライバシー侵害を理由とする不法行為は成立しない」と結論づけた。

結局、本件1審においては、被告新聞3社のうちY毎日新聞については、逮捕時の容疑を誤って記したことから、名誉毀損の免責要件のうち真実性・相当性が判決において否定され、名誉毀損に基づく損害賠償を命じられた。<sup>32)</sup>

2審の東京高等裁判所は、ほぼ原判決を引用しつつ、控訴の一部に理由があるとして原判決を変更した。<sup>33)</sup>すなわち、「犯罪報道における実名報道は、それ自体、直ちに不法行為となるものではないが、……犯罪報道の在り方については、今日、様々な議論がなされているところであり、報道機関においても実名報道をする場合には、その内容の正確性について十分に慎重な吟味をすることが求められている」としたうえで、朝日新聞、中日新聞の記事については、1審の

---

32) 朝日新聞 2015 年 10 月 1 日付など。

33) 東京高判平成 28 年 3 月 9 日 LEX/DB 文献番号 25542147。

東京地裁判決につづいて違法性はないと判断し、控訴を棄却したが、毎日新聞の記事については、1審と同様に、逮捕時の容疑を誤って記事にしたこと<sup>34)</sup>によって名誉を毀損したとしながらも、賠償額を1審の倍の110万円とした。

さらに判決は、「犯罪報道における被疑者の特定は、犯罪報道の基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事である」とし、「本件逮捕に係る被疑事件は、裁判の公正を妨げ、司法制度全体に対する信頼を揺るがしかねない事件であって、決して軽微な事件とはいえ、司法制度を利用する多くの国民の利害に影響を与えるものであることから、これを報道する社会的意義は大きいといえることができる。したがって、本件逮捕に係る事実、公共の利害に関する事実であり、その報道はもっぱら公益を図る目的の下に行われたものと認められる」と判断した。そして、「犯罪報道の記事において、被疑者の氏名、年齢、職業、住所の一部等の個人情報、逮捕された事実と共に報道することが、いかなる場合でも許されるかという点について検討をするに、逮捕された被疑者については無罪の推定が及ぶということ自体は、X主張のとおりであり、この点を考慮すると、各事件における被疑事実の内容、被疑者の地位や属性などの具体的事情によっては、プライバシー保護の要請が上記のような意味での公共性に勝り、被疑者段階における実名等の個人情報を含む犯罪報道が、名誉棄損あるいはプライバシーの違法な侵害に当たる場合があることは否定できない。しかし、……本件逮捕の被疑事実が、決して軽微な事件とはいえ、これを報道する社会的意義も大きいと認められる以上、Xが逮捕された被疑者の段階にあり、一般の私人であることを考慮しても、Xの氏名を含めて犯罪の報道をすることが公共の利害に関する事実の報道に当たらないとすることはできない」とした。

さらに、最高裁判所第3小法廷は、2016年9月13日付で、Xの上告を棄却し、また、本件を上告審として受理しないことを決定した。<sup>35)</sup>実名報道によるプライバシー侵害を認めず、逮捕容疑を誤って報じた毎日新聞社にのみ110万円の支払いを命じた2審判決が確定した。<sup>36)</sup>

34) 朝日新聞 2016年3月10日付。

35) 最3小決平成28年9月13日 LEX/DB 文献番号 25544423。

#### (5) カード会社恐喝未遂逮捕事件

本件は、カード会社に対する恐喝未遂容疑で逮捕され脅迫罪で略式命令を受けた原告Xが、被告Y（中日新聞社）によって、実名と共に逮捕事実を報道されたことにより、プライバシー権や尊厳を侵害され、精神的被害を被ったと主張し、慰謝料などの支払いと共に、Yの発行する新聞に謝罪文の掲載を求めた事案である（以下、カード会社恐喝未遂逮捕事件とする）。

東京地方裁判所は、2016年（平成28年）8月4日、Xの請求を棄却する判決を下した。本稿テーマの実名報道との関係では、「Xは、実名報道が問題であると主張するが、本件記事ではXが犯罪行為をしたとしているわけではなく、逮捕された事実を記載しているのであるから、上記の報道の必要性等からすると、実名報道も許されるというべきである」とし、さらに「本件逮捕について、実名報道をされたとしても、自らの行為の結果であり、受忍の範囲内であるというべきであって、本件記事が、Xのプライバシー権を侵害する違法なものとはいえない」と判示した。

### 四 被疑者実名報道に関する司法判断の検討

#### (1) 実名報道原則について

実名報道の原則について、慎重な見解を示す司法判断は複数みられる。たとえば、偽造契約書逮捕事件・1審判決は、「確かに、犯罪報道については、被疑者の名誉の保護の観点を重視すれば、被疑者を特定しない形で報道されることが望ましい」と匿名報道に対して一定の理解を示す。<sup>36)</sup>この1審判決は、専門家などから、新聞の実名報道によって被疑者が自殺、解雇又は退職、離婚などの被害に遭っている実態が指摘され、犯罪報道のあり方に関し、被疑者を匿名とする犯罪報道が進んでいる諸外国の取組が紹介された上で、日本においても実名報道の原則を見直すべきであるとの議論がされていることから、「犯罪報道のあり方については今後議論の余地がある」と指摘する。

---

36) 日本経済新聞 2016年9月15日付。

37) 東京地判平成28年8月4日 LLI/DB 判例番号 L07131882。

38) 東京地判平成27年9月30日 LEX/DB 文献番号 25541496。

偽造契約書逮捕事件・2審判決も、ほぼ原判決を引用したうえで、「犯罪報道における実名報道は、それ自体、直ちに不法行為となるものではないが、……犯罪報道の在り方については、今日、様々な議論がなされているところであり、報道機関においても実名報道をする場合には、その内容の正確性について十分に慎重な吟味をすることが求められている」とする。<sup>39)</sup>

また、沖縄教諭逮捕事件・1審判決は、「被疑者の実名報道は、匿名での報道と比較して、被疑者の名誉を著しく毀損し、その社会的評価を格段に低下させる」ものであり、また事後的に無実であることが判明しても、その名誉を回復することは極めて困難であるとした。実名報道は、当該犯罪と無関係の被疑者家族らの生活にも重大な支障を生じさせかねないことや、刑事裁判における無罪の推定原則からも、その当否について、かねて議論が存する、と指摘した。<sup>40)</sup>

これに対して、被疑者の実名報道原則について、肯定的な見解を示す司法判断もある。

三重ゴミ収集車事件・2審判決は、犯罪報道は実名報道を原則とし、本人に対する強制捜査、とくに逮捕後は本人の実名を挙げて報道するのが通例であって、これはマスコミ各社の報道基準集からみても明らかであるとした。<sup>41)</sup>

沖縄教諭逮捕事件・2審判決は、刑事事件については、非公開を原則とする少年事件に関する少年法61条のような規定は設けられておらず、同規定の反対解釈からしても、一定の範囲で実名による報道が許容されているとした。そして、報道機関は、公共の利害に関する事実については、国民の知る権利にこたえるためにも、これを正確に報道することが求められているところ、報道の正確性・客観性を期するためには、匿名報道ではなく、被疑者の氏名を特定した実名報道の方が適当である、と評価した。<sup>42)</sup>

また、実名報道（被疑者の特定）について、その意義を踏まえ、犯罪の態様や被疑者の地位などを考えあわせて検討する司法判断を示したものもある。

三重ゴミ収集車事件・2審判決は、社会一般の意識からみて報道における被

---

39) 東京高判平成28年3月9日 LEX/DB 文献番号 25542147。

40) 那覇地判平成20年3月4日 LEX/DB 文献番号 25400348。

41) 名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁。

42) 福岡高那覇支判平成20年10月28日 LEX/DB 文献番号 25421423。

疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であると観念されているから、被疑者を実名にするかどうかを含めてその特定の<sup>43)</sup>方法、程度の問題は、犯罪事実の態様、程度および被疑者の社会的地位、特質（公人たる性格を有しているか）、被害者側の被害の心情、読者の意識、感情などを比較考量し、かつ、人権の尊重と報道の自由、知る権利の擁護とのバランスを勘案しつつ、慎重に決定するべきであるとした。

実名報道に関する新聞協会や報道機関の見解に理解を示すのは、偽造契約書逮捕事件・1審判決である。ここでは、本章冒頭でふれたように実名報道原則に慎重な姿勢を一定程度示したものの、「犯罪報道における被疑者の特定は、犯罪報道の基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であり、被疑者の氏名、年齢、職業、住所の一部等の個人情報とともに、逮捕された事実を報道することは、報道内容の真実性や正確性の担保のために一般的に必要であり、これによって報道内容の真実性を担保することで、捜査機関の捜査が適正にされているかや、恣意的な情報操作がないかなどを監視し、また、周辺地域内での無用な犯人探し等を防止する役割を果たす側面があることを否定することはできない」などと新聞協会や報道機関の見解を踏まえて肯定的にとらえた。<sup>44)</sup>偽造契約書逮捕事件・2審判決も、原判決と同様に、「犯罪報道における被疑者の特定は、犯罪報道の基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事である」<sup>45)</sup>とした。

また、沖縄教諭逮捕事件・2審判決は、本件報道対象者の特殊性に重きを置いた判断を示し、「実名で報道されることによりXが被る不利益は大きく、実名を公表されない法的利益も十分に考慮する必要があるけれども、他方において、特に、青少年を教育指導すべき立場にある中学校教員が女子中学生とみだらな行為をしたという本件被疑事実の内容からすれば、被疑者の特定は被疑事実の内容と並んで公共の重大な関心事であると考えられるから、実名報道をする必要性は高い」<sup>46)</sup>と判示した。

---

43) 名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁。

44) 東京地判平成27年9月30日 LEX/DB 文献番号 25541496。

45) 東京高判平成28年3月9日 LEX/DB 文献番号 25542147。

46) 福岡高那覇支判平成20年10月28日 LEX/DB 文献番号 25421423。

カード会社恐喝未遂逮捕事件判決は、実名報道について、本件記事では逮捕された事実を記載しているのであるから、「報道の必要性等からすると、実名報道も許される」とし、さらに「本件逮捕について、実名報道をされたとしても、自らの行為の結果であり、受忍の範囲内である」と踏み込んだ判断を示した。<sup>47)</sup>

## (2) 名誉毀損の成否の検討

名誉毀損に関する裁判例においては、実名報道することが違法ではなかったかを問題とするものが目立つ。

三重ゴミ収集車事件・1審判決は、本件報道について、捜査当局からの公表に基づくものであって、いずれも名誉毀損を免責する判例法理の3要件を充たしていると認めたうえで、実名をあげて報道したことが違法にXの名誉を毀損したかどうかについて、「犯罪報道にあたり、関係当事者の実名をあげるかどうか……は、その犯罪の内容、被害者や市民の感情及びそのときの社会通念等を十分に考慮したうえ総合的に判断すべき事柄」であり、本件では、捜査機関が公表した犯罪につき、その被疑事実が真実と認められ、かつ、これを正確に報道していることに加え、Xの被疑事実の内容などを併せて考えると、被告新聞社らがこれまでの慣行どおり実名で報道したことを違法な行為といえない、と判断した。<sup>48)</sup>

三重ゴミ収集車事件・2審判決は、この事案を名誉毀損の事件であることを前提に、大要つぎのように述べて、被疑者の実名報道に違法性がないと判断した。<sup>49)</sup> Xは、逮捕されていなかったものの、報道当時、被疑事実は証拠によって固められ、検察官にその被疑事実を以て送致されたこと、被疑事実による被害は死者2名で、塵芥収集車による特異かつ重大な事故であること、被害者側の心情、社会一般の市民レベルの意識、感情からみて、軽微事件とは扱い得ないこと、他方、記事の扱いは、いずれも一段の写真なしのベタ組みの地味な扱いで、見出しも客観的であること、記事内容も送致事実の範囲に止まっていることなどが認められる。実名による各社の本件報道は、当時の報道の実情、本件

47) 東京地判平成28年8月4日 LLI/DB 文献番号 L07131882。

48) 津地判昭和63年7月21日判時1300号108頁。

49) 名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁。喜多村・前掲注4) 331頁。



報道の態様、被疑事実の程度、態様、控訴人の責任ある社会的地位、被害者側の心情、社会感情などからみて、Xにとって名誉なものでなかったが、このみで直ちに違法なものと解することは難しい、と結論づけた。

沖縄教諭逮捕事件・1審判決は、「最近では、比較的軽微な犯罪については、被疑者の氏名を匿名とした報道がされることが増加しているが、公務員、とりわけ公立学校の教諭の生徒に対する破廉恥罪については、実名報道がされることも決して少なくないのであって、このような報道のあり方は、青少年を指導する立場にあり、一般の公務員より一層高い倫理性を要求される公立学校の教諭の職務の特殊性等に照らして相応の合理性があるというべきである。したがって、公立中学校の教諭について実名報道をすることは、社会的に許容されている」と解した。そして、「本件被疑事実は、公立中学校の教諭であるXが指導を受ける立場にある女子中学生に対し、みだらな性行為をしたというものであるから、……Xが逮捕されたことを実名報道したことは、社会的に許容されるものであり、違法性を欠く<sup>50)</sup>」と結論づけた。

このほか、沖縄教諭逮捕事件・2審判決は、本件各報道が名誉毀損に当たるかについて、本件各報道は、Xの社会的評価を低下させるものであり、その名誉を毀損するとしつつ、名誉毀損の免責要件を検討し、本件被疑事実は公共の利害に関する事実（公共性）に係り、本件各報道はその目的が専ら公益を図ることにあって（公益性）、Yらが本件被疑事実を真実と信ずるについて相当の理由があるから（相当性）、Yらには故意または過失がないとして、名誉毀損の成立を否定した<sup>51)</sup>。

また、偽造契約書逮捕事件・1審判決は、名誉毀損における違法性阻却事由などの有無について検討し、「本件逮捕に係る被疑事実は、裁判の公正を妨げ、司法制度全体に対する信頼を揺るがしかねないものであって、決して軽微な事件とはいえず、司法制度を利用する多くの国民の利害に影響を与えるものであることから、社会に対して注意を喚起し、同種事案の再発を防止するという観点からも、被疑者の氏名を公表する社会的意義は大きい。したがって、本件各

---

50) 那覇地判平成20年3月4日 LEX/DB 文献番号 25400348。

51) 福岡高那覇支判平成20年10月28日 LEX/DB 文献番号 25421423。



記事の摘示事実のうち、被疑者の氏名も、公共の利害に関する事実に含まれるというべきであり、その報道は専ら公益を図る目的に行われたものということができる<sup>52)</sup>」として、被疑者の実名が名誉毀損の免責要件の「公共性」に含まれ、実名報道は「公益性」も充たすという判断を示した。

偽造契約書逮捕事件・2審判決は、1審判決と同様に、本件逮捕に係る被疑事件について、軽微な事件とはいえ、これを報道する社会的意義は大きいと認められるから、名誉毀損の免責要件の「公共性」「公益性」を充たすと判断した。そして、「Xが逮捕された被疑者の段階にあり、一般の私人であることを考慮しても、Xの氏名を含めて犯罪の報道をすることが公共の利害に関する事実の報道に当たらないとすることはできない<sup>53)</sup>」と判示した。

公正証書原本不実記載逮捕事件判決は、原告Xが、通常の犯罪に関して被疑者の実名を報道する必要性はないから、当該事実が後に誤りであると判明した場合、被疑者の実名を摘示・特定して犯罪報道を行なった者は、過失の有無にかかわらず責任を負うべきであると主張したのに対して、「犯罪の報道において、公共の利害に関するものとみなされるのは、犯罪事実自体のみならず、これと一定の関連性を有する事実も含まれ、被疑者の氏名や顔写真が関連性を有しないとまではいえない」、つまり被疑者の実名は犯罪事実と関連性があり、公共の利害に関すると解しうることを示した<sup>54)</sup>。

### (3) プライバシー侵害の成否の検討

プライバシー侵害について、近時の判例法理では、プライバシーを公表されない法的利益と公表する理由とを秤にかけ、どちらが重要かを判断する「比較衡量<sup>55)</sup>」という手法で、ケースバイケースに判断している。ノンフィクション『逆転』事件・上告審判決<sup>56)</sup>は、そのリーディングケースと考えられている。本稿第

52) 東京地判平成 27 年 9 月 30 日 LEX/DB 文献番号 25541496。

53) 東京高判平成 28 年 3 月 9 日 LEX/DB 文献番号 25542147。

54) 東京地判平成 2 年 3 月 23 日判時 1373 号 73 頁。

55) この節全体的に、山田隆司「名誉毀損・プライバシー侵害」松井修視編『レクチャー情報法』135 頁（法律文化社、2012 年）参照。

56) 最 3 小判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 卷 2 号 149 頁。ただし、この上告審判決は、プライバシーという用語を使用しておらず、プライバシー侵害に関するものであるかどうかについては議論がある。建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』94 頁以下（有斐閣、

三章においては、実名報道に関わる司法判断を主として下級審判決にみてきたが、この上告審判決は、いわゆる報道機関の報道ではないものの、ノンフィクション作家の書籍による広義の報道とも言いうるものであり、また、実名報道に直接関するものではないが、いかなる場合に人格的利益を侵害したといえるかを示した重要判例とされており、犯罪の前科がある者の実名を社会に流布した点で本稿のテーマと密接に関わることから詳述する。

本件で問題となった書籍に実名で登場するXは、作品の中で前科と実名が公表され、プライバシーを侵害されて精神的苦痛を被ったとして、慰謝料支払いを求めて提訴した。1審・2審は、実名を使用して約12年前の前科を公表したことがXのプライバシー侵害にあたるとして、慰謝料の支払いを命じ、上告審判決は、これを維持した。最高裁判所第3小法廷は、Xの実名で前科を公表されない利益を侵害したなどとして、Yに50万円の支払いを命じた1審・2審判決を支持し、上告棄却の判決を言い渡したのである。

この上告審判決は、実名での前科公表が許されるケースもある、とする。具体的には、事件自体の公表に歴史的または社会的な意義が認められるような場合、その者の社会的活動の性質、社会に及ぼす影響力の程度などによって、前科公表を受忍しなければならない場合、その者が選挙で選ばれる公職者、その候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合——を挙げる。そして、「ある者の前科等にかかわる事実が実名を使用して著作物で公表された場合に、以上の諸点を判断するためには、その著作物の目的、性格等に照らし、実名を使用することの意義及び必要性を併せ考えることを要する」とし、「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したこ

---

2014年) 参照。

57) 喜多村・前掲注4) 326-330頁。同判決について、プライバシー侵害を理由とする不法行為の成否に関して一般的な法的構成を示した、あるいは名誉毀損における免責法理とは異なる次元で不法行為成立の可能性を承認した重要判例であると評価されている。

58) 東京地判昭和62年11月20日判時1258号22頁、東京高判平成1年9月5日高民集42巻3号325頁。

とが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができる」とした。

長良川事件報道訴訟・上告審判決では、『逆転』事件・上告審判決を引用するかたちで、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」と明示し、名誉毀損とは異なる判断枠組みとして、「被侵害利益<sup>59)</sup>ごとに違法性阻却事由の有無等を審理し、個別具体的に判断すべき」とした。

以上のように、プライバシー侵害の成否については、一般に、名誉毀損の成否とは別個に検討されることになるが、それは実名報道の場合も同様である。それを改めて確認したのが前章でみた偽造契約書逮捕事件・1審判決である。ここでは、Yらは、「犯罪報道において、一方で名誉毀損について免責法理により不法行為は成立しないとしながら、他方でプライバシー侵害について違法とすれば、憲法21条の保障を空文化してしまうことから、犯罪報道など公共の利害に関する事実の報道として、違法性を阻却される表現行為は、原則としてその範囲内では違法となるプライバシー侵害もない」と主張するが、「外部的名誉(社会的評価)とプライバシーは全く別個の法益であり、記事の内容が真実であってもプライバシー侵害は成立し得ることからすれば、名誉毀損について免責法理の適用により不法行為が成立しないからといって、当然にプライバシー侵害の不法行為が成立しないということはでき」ないとして、Yらの主張を否定し<sup>60)</sup>た。

沖繩教諭逮捕事件・2審判決は、名誉毀損とは別個の問題として、人には、いわゆるプライバシーの権利があり、その法的保護が問題となるとし、長良川事件報道訴訟・上告審判決を参照する。そして、「逮捕されたという事実は人の<sup>61)</sup>

59) 最2小判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。

60) 東京地判平成27年9月30日 LEX/DB 文献番号 25541496。

社会的評価に直接かかわる私生活上の情報であるから、これを実名をもってみだりに公表されないことは、プライバシーの一環として法的保護を受けるものであり、逮捕された事実を正当な理由なく実名で報道されないという利益は、不法行為法による保護の対象となると解される」から、「本来、本件においては、実名報道がされた結果としての名誉毀損による不法行為の成否を問題とする前に、そもそも、実名報道自体がXのプライバシーの侵害として不法行為に当たらないかどうかを検討する必要があった」とし、「名誉毀損による不法行為の成否とは別個に、プライバシーの侵害による不法行為の成否について判断を加える」とした。

この2審判決は、「本件各報道は、Xの承諾なしにXの実名を報道しているから、プライバシーの侵害に該当するものである。そして、プライバシーの侵害によって不法行為が成立するか否かについては、実名を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」とし、「実名を公表されない法的利益」と「実名を公表する理由」について検討する。そして、Xは、本件被疑事実により逮捕されたことが実名で報道されると、職場への復帰が事実上困難になるなど、社会生活上、重大な影響を被ることになるから、実名報道より、匿名報道の方が相当であるといえる。他方、本件被疑事実によりXが逮捕されたことを実名で報道すべき必要性も、十分に肯認することができる、とした。結局、本件の事情を総合して比較検討すると、実名を公表されない法的利益も十分に考慮する必要があるものの、本件被疑事実の内容からすれば、被疑者の特定は被疑事実の内容と並んで公共の重大な関心事であると考えられるから、実名報道をする必要性は高いといわなければならない、実名を公表されない法的利益が実名を公表する理由に優越しているとは言えないと判断し、本件各報道について、プライバシー侵害を理由とする不法行為の成立も否定した。

偽造契約書逮捕事件・1審判決は、プライバシー侵害について、ノンフィク

---

61) 福岡高那覇支判平成20年10月28日LEX/DB文献番号25421423。

62) Xは、NHK・地元民放3社を相手取る「対メディア訴訟」と、県を相手取る「対行政訴訟」の2本立てで損害賠償を求め、提訴したが、いずれも1審から最高裁まで原告敗訴の判決が下った。各紙2010年6月9日付。

ション『逆転』事件・上告審判決を引用し、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量する枠組みを示した。<sup>63)</sup>すなわち、本件各記事は、Xの氏名および逮捕事実などを報道しているが、氏名については、自己が欲しない他者にみだりに開示されたくないと考えるのは自然であり、逮捕された事実と相まって、嫌がらせを受ける可能性が高いことに鑑みれば、一般人の感受性を基準として当該私人の立場に立った場合に公開を欲しない情報であるとしたうえで、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」から、「Xの社会的地位、当該犯罪行為の内容、これらが公表されることによってXのプライバシーに属する情報が伝達される範囲とXが被る具体的被害の程度、記事の目的や意義、当該記事において当該情報を公表する必要性など、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要である」という基準を示す。<sup>64)</sup>

この1審判決は、本件において「Xのプライバシーに属する情報は、かなり広範囲に伝達されたことが認められるところ、これによって事後回復が事実上不可能な被害が生じ得ることから、Xのプライバシーに属する事実を公表されない法的利益を軽視することができない」としながらも、被疑者の氏名、逮捕事実などを報道することは、報道内容の真実性や正確性の担保のため一般的に必要であり、Xのプライバシーに属する事実を公表する必要性は小さいといえないことなどから、「本件各記事は、これを報じる意義、必要性が、これらのプライバシーに係る情報を公表されない法的利益に優先するから、本件各記事について、プライバシー侵害を理由とする不法行為は成立しない」とした。

このように、ノンフィクション『逆転』事件・上告審判決の判断枠組みに具体的な事件を当てはめると、実名報道の必要性が優越してプライバシー侵害が否定される結論に傾きがちであるかのようにも受けとれる。

---

63) 東京地判平成27年9月30日 LEX/DB 文献番号 25541496。

64) 堀口・前掲注4) 110頁では、本件1審判決を引用した本件2審判決について、「具体的事情によっては実名犯罪報道が違法なプライバシー侵害に当たりうるという注目すべき指摘をした」と評価している。

この点、偽造契約書逮捕事件・2審判決は、犯罪の被疑者の実名を逮捕事実と共に報道することが、いかなる場合でも許されるかという点について検討し、逮捕された被疑者については無罪の推定が及ぶ点を考慮すると、「各事件における被疑事実の内容、被疑者の地位や属性などの具体的事情によっては、プライバシー保護の要請が……公共性に勝り、被疑者段階における実名等の個人情報を含む犯罪報道が、名誉棄損あるいはプライバシーの違法な侵害に当たる場合があることは否定できない」とした。<sup>65)</sup>

#### (4) 司法判断のポイント

以上の司法判断の分析から、つぎのようなポイントを指摘することができる。

I 実名報道の原則について、今後議論の余地があるといった慎重な見解を示す司法判断が複数みられるものの、報道における被疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事と認める司法判断が複数あること。(三重ゴミ収集車事件・2審判決、偽造契約書逮捕事件・1審判決、同・2審判決)

II 犯罪報道における逮捕された被疑者の実名は「原則」あるいは「通例」となっている(三重ゴミ収集車事件・2審判決)、一定の公務員の実名報道は、その職務の特殊性などによって社会的に許容されている(沖縄教諭逮捕事件・1審判決)、国民の知る権利にこたえ、報道の正確性・客観性を期するためには匿名よりも実名による報道の方が適当である(沖縄教諭逮捕事件・2審判決)、実名報道は、その内容の真実性や正確性の担保のために一般的に必要である(偽造契約書逮捕事件・1審判決)、そもそも逮捕事実を記載する報道の必要性などから実名報道が許される(カード会社恐喝未遂逮捕事件判決)といった理解があること。

III 実名報道は、名誉毀損の成否の検討対象となりうるが、報道内容に誤りのない一般的な犯罪ニュースの場合、判例法理によって確立している名誉毀損の免責要件を充たす、あるいは、違法性が認められない、報道機関に故意または過失がないとして、名誉毀損が否定される可能性が大きいこと(三重ゴミ収集車事件・1審判決、同・2審判決、沖縄教諭逮捕事件・1審判決、同・2審判

---

65) 東京高判平成28年3月9日 LEX/DB 文献番号 25542147。



決、偽造契約書逮捕事件・1審判決、同・2審判決)。

Ⅳ 実名報道については、前項の名誉毀損とは別個に、プライバシー侵害の成否を問題とする。この場合、「実名を公表されない法的利益」と「実名を公表する理由」とを比較衡量することになり、考慮要素の評価の仕方によっては違法なプライバシー侵害の成立が認められる可能性が出てくる(偽造契約書逮捕事件・1審判決、同・2審判決、沖縄教諭逮捕事件・2審判決)。もっとも、この点、たとえば偽造契約書逮捕事件において、本件被疑事実は人命に関わる重大犯罪ではなく、一般私人である原告Xは逮捕されたが起訴されておらず、このような場合にまで実名報道の必要性が勝るのだとすれば、違法なプライバシー侵害に当たるのは、通常なら報道されない極めて微罪かつ平凡な事件について、あえて実名を出して報道したというような相当例外的なケースに限られる、という指摘がある<sup>66)</sup>。

Ⅴ 先にⅢにおいてみたように、実名報道について名誉毀損を理由に争ったとしても、それが否定される可能性が大きく、Ⅳにおいてみたように、実名報道についてプライバシー侵害を理由に争った場合、違法なプライバシー侵害の成立が認められる可能性が一定程度あるが、これ以外の争い方としては、その他の人格的利益侵害として、具体的には「実名を公表されない利益侵害」を理由として争うことが考えられる(『逆転』事件・上告審判決参照)<sup>67)</sup>。

以上のポイントを踏まえると、被疑者の実名報道に起因する名誉毀損および

66) 本件1審判決を引用した本件2審判決について、堀口・前掲注4) 110頁。

上田健介「表現の自由Ⅰ—実名報道」市川正人編『プリメール憲法』127頁(法律文化社、2004年)では、名誉権との関係では実名を出すこと自体が問題となり、プライバシー権との関係では、犯罪それ自体と関係の薄い被疑者の身辺や生活の実名報道には慎重な判断が必要だが、犯罪そのものの実名報道については認められる可能性が高まるとしている。

67) 『逆転』事件・上告審判決は、いわゆる前科照会事件の上告審判決(最3小判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁)を参照し、「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する」と判示した。



プライバシー侵害に関する裁判を処理する司法判断の枠組みは、犯罪報道について被疑者実名報道主義を採る報道機関の現状を前提とするならば、基本的に妥当なものであると評価することができる。もっとも、名誉毀損の成立を否定したうえで、実名報道によるプライバシー侵害の成否の判断に当たって比較衡量の手法を安易に採ると、プライバシー概念自体が必ずしも明確ではなく、裁判官の恣意的な判断の余地もあることから、表現する段階において報道機関に萎縮効果を生じさせる恐れがある。また、名誉毀損およびプライバシー侵害のほかに、「実名を公表されない利益侵害」を検討する可能性も考えられるが、この場合についても同様の懸念がある。いずれにしても、比較衡量の事例が積み重ねられ、実名報道が認められる範囲について、判例法理と云いえるほど明確な判断基準の確立が求められる。その際、被疑者の社会的地位、犯罪の重大性（加えて、場合によっては、犯罪時から報道時までの「時の経過」）については必須事項として勘案されるべきであろう。

## 五 おわりに

本稿では、実名報道の根拠について、報道機関の見解を概観し、実名報道の当否に関する司法判断を検討してきたが、実名報道そのものに対しては、いわゆる「匿名報道主義」の立場から、さまざまな批判があることは周知の事実である。<sup>(68)</sup> それら一つ一つについて、ジャーナリズム論および民事法・刑事法の観点だけでなく、人格権と表現の自由を調整する憲法的観点からも検討を加えていくことが求められよう。

また、近時、インターネットの進展によって、実名報道に新たな問題が加わった。犯罪ニュースにおいて被疑者の実名がひとたびサイバー空間に発信されると、瞬時に世界規模で拡散し、それを消去することは困難となるから、実名を公表された者は、いくら時が経過しても忘れてもらえないという状況が生じているのである。こうした実名犯罪報道によるプライバシー侵害は深刻さを増しているというが、これを他方の秤にかけてもなお、実名公表の必要性が常

---

68) たとえば、飯島・前掲注12)所収の各論稿。浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』172頁（日本評論社、2016年）も参照。

に優越すると言えるのかが問われている、という指摘がある<sup>69)</sup>。

ジャーナリズムや弁護士会などにおいて匿名報道の議論がなされる中、日本における裁判例では、現在のところ、実名報道は一定程度、容認されているように思われる。もっとも、裁判例が認める実名報道の意義・理由づけは限定的であり、報道機関が実名報道をこれまでと同程度、引き続き実施するのであれば、現在の見解を精緻化するとともに、さらに説得力を有する根拠を付け加える必要がある。司法判断に対して、実効性のある影響を与えるために、ジャーナリズム論における「理論武装」が迫られていると言えよう。

\* 本稿は、JSPS 科研費 15K03254 による研究成果の一部である。

(本学法学部准教授)

---

69) 堀口・前掲注4) 110 頁。

〈研究ノート〉

# 自由主義的人間

## — R. ポランの政治哲学 四二 —

白石正樹

### 目次

はじめに

一 自由 — 公準にして実際の経験

二 自由と意識

三 個人と人格

四 自由主義の究極目的

### はじめに

自由主義とは、次のような政治哲学のことであるとレーモン・ポランは言う。すなわち、自由 — 各人の人間存在の自由 — が至高の道徳的、政治的価値である政治哲学、もし必要があれば、それに対して他のあらゆる価値を捧げるのがふさわしい政治哲学。このような自由主義は、少なくともその原理において、すべての見識のある誠実な人々にとって自明の理として現れる。なぜなら、自由の政治のほかに、一人の人間にとって、また人々の共同体にとって、人間的仕方で生きること、人間存在として、いいかえれば自由に、生きすることは可能でないから。<sup>1)</sup>

自由主義は、支配的諸イデオロギーに世論が集められる時代以前に、専制主義に対する、また独裁的権力の諸学説に対する抗争から生まれた。それはまず何よりも、自由の政治哲学である。その場合、「自由はそれにとって人間の価値の原理であると同様、存在の不可譲の原理である。自由は、ひとがそうであるものの効果的実現と考えられようと、または己自身を形成する能力と考えられようと、それは一つの聖なる価値である。それは己自身の自由の善用を最終的

に己自身で判断する能力と不可譲の権利に基づく、自律の原理である。それは他のすべての人々に対する独立の原理である。それは欲望と情念の一存在のなかに具現される差異の原理である。それは他の人々の間での己の愛である、他の人々に対して整序された、正統な自己愛によって表現される。—— ときにはそれは、危険な自尊心によって、つまり各人が支配の意志と同時に所有の意志により他の人々と対立する自尊心によって、その存在において自己主張し固執するとしても。<sup>2)</sup>」

ポランは、己の哲学者の職務を果たすために、自由主義を明晰に思考して明らかにし、少なくとも彼が現代にふさわしい、本物の自由主義、真の自由主義であると思うものをはっきりさせようと努めるだろう。「われわれが設定するのを見たいと思うもの……は、一つの実践哲学、すなわちその含意とその必要性を自覚した、現実主義的な、語の最良の意味でシニズム的な、自由の政治であろう。自由の戦闘的な哲学は自由の善用を容認するが、しかしそれは同様に自由の悪用に立ち向かう。それは自由の乱用を禁じる。それは自由の不寛容な哲学として、またそうした不寛容な政治として自負している。」かかる真の現実主義を、ポランは「リベルティスム」(libertisme)と呼ぶ。<sup>3)</sup>

ポランによれば、自由主義は唯一の敵として、社会主義や全体主義といった外部の敵を有するのではない。それは、その最も身近な敵対者を、それ自体の内部に、幾人かの自称自由主義者たちの中に、幾人かの「自由の友」の中に、見いだしている。それほど、自由主義は年をとりつつ、しばしば退化し、腐敗してしまったのである。ひとが自由に恣意的諸意義を与えたのと同じ数だけの、自由主義者を自称する政治家たちが現れた。そして、自由の最悪の敵たちに至るまで、自由を引き合いに出さないものはない。

自由主義者たち — 自由主義 (libéral) の語の曖昧さがそれをよく示しているが、それほどその意味はフランス語または英語とアメリカ語で変る — は、いわばかれらの固有の発明にしてかれらの万能薬であるかれらの自由の価値のそれほどの競り上げによって先を越されて、どうしていいか分からないのである。ここに永続的反抗の弁明にまで拡大適用された、またかれらの最悪の敵、超-自由主義者たち (les ultra-libéraux) によってかすめ取られた自由がある。なぜなら、かれらはその自由主義的秩序に対して反抗すると同時に、自由をし

て絶対的自由、恣意、反抗へと正道を踏み外させるから。一体どのようにして、知識のない素朴な世論に対して、自由の名にかこつけて遂行されたかかる冒瀆を見分けさせるのか、またどのようにして、世論に対してこうしたアナーキストたちの自由はいんちぎの自由でしかないこと、絶対的自由は恣意、すなわち自由の最も未発達な、最も自由でない形態でしかないこと、反抗のための反抗はそれ自体とあらゆる事物との根絶にしか導かないこと、を認めさせるのか。<sup>4)</sup>

だから、ポランの最初の課題は次のことにある。——何よりもまず、近代的な真の自由主義に、その価値とその意味を与えるために、最初に自由の、まさしく自由主義的な価値を解明し、かつ回復しなければならない。そのあとで、まことしやかだが間違った諸々の自由主義から、真正に自由主義的な一つの教説の諸要素、諸原理、および諸手段を救い出さねばならないだろう。<sup>5)</sup>

## 一 自由——公準にして実際の経験

ひとが自由主義的であるのは、そのひとが人間の自由を信じるからである。そのひとが「人間の本性とは自由であることである」と本当に信じるならば、自由主義的でないことはありえない。<sup>6)</sup> たしかに、問題なのは科学でなく、人間的自由の、またその価値の、還元不能で譲渡不能な現実への哲学的信念である。ひとはそれを論証すると主張することはできないだろう。それは、あらゆる哲学の始まりに存在するような、一つの公準 (un postulat) である。

しかし、各人はその実際の経験をたいそう強く感じるので、各人は、日常生活のあらゆる行為において、自分が自由であるかのように、また、他の人々もまたそうであるかのように、行動するのである。ひとは、他人の決定がたとえ意外なものでないときでさえ、つねに予測し難いことを確認する。ひとは各人間存在の前で差異の感情を、また各偉大な人間的作品の前で、新しさ、独創性の印象を、実感する。したがって、ただ最初の自由のみが、その非決定性、その予見不能性、その差異、その独創性を説明しうるように思われる。<sup>7)</sup>

しかし、もし自由への信念に、決定的な一つの正当化を与えねばならないとすれば、自分は次の事実に訴えるだろう、とポランは言う。——人間は直接的に自然の只中に生きるのではなく、文化の只中で生活する。文化は人間の作品、そ

の自由の作品にして証拠となるものである。

「何ものも、人間すらも、己の本性を免れることはできないが、しかしひとがそうであったのと別な風になりつつ、己を教育しつつ、己を形成しつつ、己をつくりつつ、己を実現することが、人間本性の特性である。人間の本性は自由に己の性質をつくることにあり、それも自然に抗する、または反自然的な、創造においてでなく、彼が受取っていたか、最新の自然的なものの形成・創造によってすでに部分的につくられていた、所与の自然的なものの超出においてである。自由は（現在の）自分の本性を越えて、（この次の）自分の本性を実現する力である。言い換えれば、人間の本性は、彼の文化（culture）と切り離せない。ひとが彼の文化と呼ぶ人間の作品は、彼の本性の一部をなす。彼の文化、一般に文化、は彼の自由の最良の証拠であると同時に、その作品である。」<sup>8)</sup>

一つの文化は、所与の領土の上に歴史の長期にわたって引き継がれた諸世代の蓄積された作品である。それは文化を、あらゆる自然を越えた人間的現実にするところの、諸々の仕事、闘争、ならびに努力のおかげなのである。諸文化の多様性、それらの還元不能性、それらを通り抜けて人類のユニークな歴史を認めることの不可能性、がさらに証拠をふやし、そして次のことを示している。すなわち、人間たちが実際、いかなる自由をもって、いかなる革新的で創造的な精神をもって、各々の勝利をおさめた文化の中で、その歴史の各時代に、あらゆる自然的所与の、あらゆる受入れられた歴史的所与の、諸決定を無視することに成功したか、を。

その自由のおかげで、各人間は自らの文化の中で、かかる文化を元にして、だが、かかる文化を越えて生活する。彼はそれを超出し、かつ、その本質的なものを保存しつつ、それにたえず付け加える。彼の個人的文化（教養）は、なおも、その中で彼が自分の同胞や同時代人たちとともに生きる文化とは別の、かつそれ以上の、何ものかである。

ポランは、少なくとも十八世紀まで行き渡った自由の古典的規定 — その価値が何であれ、また自由主義の基礎においてそれがどんな役割を演じようとも — を引き継がないだろう、と言う。そのあらゆる偉大な伝統にとって、自由は、各人間が、彼が有する本質的なものにおける、かつ彼が有する固有なものにおける、萌芽的にそうであるものの、妨害のない、障害のない成就であろ

う。自由は、彼が自らの人間性において、かつ自らの特殊性において潜在的にそうであるものの現実化であろう。それは、ある所与の人間が潜在的に、かつ本性によりそうであるものの、实际的で有効的な、成功裏の実現であろう。古典作家たちのこの自由は、それに先在し、かつそれによって豊かにされる一秩序の中に挿入されている。それはある存在の実現の中に刻まれた抽象的必然性と完全に両立しえ、かかる存在は賢者または聖者、英雄または天才、といった完全なものになりうる。

それに反して、ひとが近代人とともに、「自由それ自体が人間の本性であり、かつ、人間の本性は自由により自らの性質をつくることにある」<sup>9)</sup>と宣言する限りにおいて、ひとは自由に、一つの新しい機能、一つの本当に創造的な機能を付与している。現代の自由は、所与の秩序に刻み込まれていない。それは、創造され、かつ実現されるべき一秩序の原理にして手段となる。

それをよく理解するために、まず最初に、この現代の自由を、その消極的様相において考察せねばならない。それは最初に非決定の力として現れる。自由であること、それは最初にあらゆる所与を絶つこと、その固有の所与および周囲の所与 — それが自然であれ歴史であれ — と非連続を打ち立てることである。自由であること、それは最初に自由になること、解放されること、諸々の決定や強制を免れることである。出来事の流れを中断し遮ることのできる、また所与の状況と己自身との間に距離を設ける、あの意識の自覚に伴われた、自覚するという唯一の事実、そうした非決定の活動の最良のイメージであると同時に、その深い発条である。そうした非決定は解放をもたらす。 — すでに単なる断絶の形で、それは所与を問題にし、またそれは所与を無秩序にし、解消し、破壊し、根絶しうる。だが、そこには生き生きした自由の最初の様相しかない。

積極的様相は、所与を超出する力、所与の「彼方で」行動または働く力、所与に何か「より以上の」ものを加える力である。言い換えれば、それは、幾つかの場合に根源的始まり、最初の起源となる、また何か新しいもの、何かオリジナルなものを作り出す、人間に固有の力である。要するに、それは刷新する力、発明する力、一語で言えば、創造する力である。

もちろん、神の仕方、「無からの」(ex nihilo) 創造は問題とならないが、



本質的にひとつがつくるもの、ひとつが遂行する作品、の秩序、形、価値、意味に関わる、まったく人間的な創造が問題となる。創造はとるに足りないかまたは重大かでありうるが、しかしそれはつねに、あの「より以上のもの」、あの「彼方のもの」、あの違ったもので印され、そして、それらは還元しえない。

自由は、たんに妨げられない成就でないし、また、幾つかの関係の下で先在するような、ありうる二つのものまたは幾つかのものの間の選択でさえない。自由 — 現動における真の超越 — を引き起こす超出は、非決定の行為に創造の行為を結びつける。文化の歴史は、日常生活のささやかな諸形態が問題であれ、人類の最も雄大な諸表現が問題であれ、それをもたらしただの創造の歴史である。ひとはそのとき、なぜ自由の歴史は、予見できないこと、あのあらゆる人間的事柄において体験された予見できないこと、の歴史であるのかを理解する。

ひとはまた、現代の自由にとって、満足させうる、そして自由がそれに満足しうる、決定的に受け入れられた秩序は存在しない、ということを理解する。元来、人間は自由であるから、人間はつねに満たされず、またつねに飽くことを知らない。それは結局、彼がつねに不完全であり、かつ自分が不完全であることを知っている、ということになる。そして、彼が不完全なのは、彼が自由だからである。自由である人間は、より良い秩序、自分によりふさわしい秩序、そこで彼が一層気楽で一層「くつろぐ」秩序、の創造を課されて、つねに「超出」、「超越」の状態にある。この秩序はつねにつくられつつあり、つねに未完成であり、つねに仕事<sup>10)</sup>中の創造的行為の彼方にある。

お分かりのように、自由と秩序のこの種の対立、いわばこの弁証法は、現代、受入れられた観念となっていること、すなわち、自由はつねに良いということ — それは個人にとって良く、市民にとって良く、市民的共同体 (cité) にとって良く、すべての人にとって良い — を激しく攻撃する。「自由、大切な自由」と人々は一斉に歌う。「自由を、さもなくば死を」とある人々は叫び、すべての人から感嘆の拍手喝采を浴びる。発言された状況では非常に明白な意味をもつ、これらの有名な公式は、諸々の精神の中に最悪の混乱をもたらしただ。ひとは、自由がそれ自体として、かつそれだけで、一つの価値、一つの絶対的価値、を有すると想像した。実は、全然そうではないし、それどころではない。

「『絶対的自由』の観念は……たんに自由な超出がそれとの関連で方向と意味を取るところの、所与の一定の状況に対する非決定性の力のみでなく、先行する所与が秩序も目的も意味も伴わないこと、また絶対的自由はそれ自体から、そのみから生まれること——幾人かの哲学者たちは、我は我自身の父なりと叫ぶ——、また、かかる自由はたえず否定や根絶のなかに、または先行するあらゆる所与の無のなかにすらあることの確認を含意する。絶対的自由は、そのとき無からの自由 (*une liberté ex nihilo*)、無における現前の出現、極限的には、延長された無における瞬時のひらめきの継起として提起される。<sup>11)</sup>」

ポランが「自由は人間の本性自体である」という信念を主張したとき、ポランはだからといって、自由の味方あるいは敵になったのではなく、また同様に、人間の味方あるいは敵になったのでない。結局、人間の資格での人間は、善良でも邪悪でもない。人間はその隣人にとって、神と同じくらい恩恵をもたらさうか、または狼よりも悪い。すべては彼がなすことに依存し、そして、まさしく彼がなす自由の使用に、また彼がそれに与える意味に、依存する。なぜなら、自由の善用と悪用があるからである。言い換えれば、各人間は、己の自由をいずれにせよ使用する。己の自由は、彼にとって単なる道具である。だから、自由は、たとえ一つの本質的手段、人間のまさしく人間的な手段が問題であるとしても、たかが一つの手段の価値しかもたない。自由はそうしたものとして、決して目的の価値を有さず、また、決して十分な目的として役立ちえない。

そうしたことを納得するためには、ポランがそれに与えたばかりの規定に戻るだけで十分である。——それは、非決定であると同時に創造的な、その機能を強調する。人間の本性が自由である限り、人間の自然は事物の自然に対立する。実際、ひとが確認するように、人間が生きる世界、文化の世界、はたしかに自然を元にしてつくられるが、しかし、自然的秩序とは別の一つの秩序を設定しつつ、それに対立する。超出し、超越し、刷新する自由な行動は、破壊し、変形し、脱自然化し、強制する力の行動である。自由の力は基本的に暴力の力である。この暴力の価値は、明らかに、それが奉仕する諸価値に、またそれが犯す諸価値に、依存する。非決定の能力である自由は、その暴力を行使するが、それは断絶し破壊するおかげ、根絶するおかげである。その最初の運動は、逸

脱の運動であり、また、自然に対しては脱自然化の運動である。

ひとは原罪のことを考えつつ、次のように書くことができた。——自然は神の作品であるから、自然の歴史は善から始まるとすれば、それは人間の自由の作品であるから、人間の歴史は悪から始まる。神の作品と自由の作品の対比は、アウグスティヌス (Augustinus) の神学的歴史哲学に典型的に表れるが、またルソー (Rousseau) の思想にも同様の対比が見られる。<sup>12)</sup>

所与の状態とのその弁証法において、自由が無秩序の力であることは明らかである。再秩序化しうるためでしかないとしても、それは無秩序から始まる。そのかわりに、逸脱に対して逸脱しつつ、無秩序を無秩序化しつつ、それはその創造的で整序的な機能を遂行する準備をする。それは無秩序を整頓しうるのである。要するに、何ら内在的意味をもたない変化、それが手段となる変化のように、それは最良のものも最悪のものも、どんな価値をも実行に移すことができる。そうしたものとして、手段として、自由は最終的価値を欠いており、<sup>13)</sup> 中性のものである。

ポランによれば、自由主義の創設の父たちは自由を愛していたが、かれらはそれについて迷信をもっていなかった。かれらはそれについて狂信的でなかった。自由の諸価値を守り回復するために、決定的に、自由は、それ自体として価値である最終的価値でないこと、それは媒介の価値、一つの仲介者、すぐれてまさしく人間的な存在と人間に割当てられた政治を超越した目的との手段であること、を忘れないようにせねばならない。自由なくして人間たちはないが、またどんな自由でも構わないとか絶対的自由とかには、人間たちはない。目的がなく限度がなく法則がないなら、自由はない。

自由は、自由がそれに役立つために行使される目的、そして自由の内在的非決定性を考慮して、つねに自由の彼方にある、また自由の活用の彼方にある目的、がなければ意味をもたない。自由はそうした目的を決定する熟慮がなければ、また自由がそれを実現するために義務づけられる法則がなければ、何物でもない。自由はその目的、その法則を自覚しつつ分別をもち、そしてそれは、その召命、その使命となる。それは、諸々の約束に満ちているのと同じくらい、諸々の脅威に満ちている。それは永続的な危険をなすが、また同じくチャンスなす。それは一つの冒険であって、最良のもの、もしくは最悪のものに対し

て開かれている。すべてはこの普遍的手段、このまさしく人間的手段になされる使用に依存する。そして、それからもたらされる評価は、その使用の最終的諸価値や意味に依存する。<sup>14)</sup>

## 二 自由と意識

ポランによれば、そのみで考えられた、そうした資格での自由に、内在的価値、十分な意味、を与えることは可能ではない。ひとは実際、人間の本性を自由に限定することによって、または容認しがたい抽象により人間の自由を一つの分離しうる能力と考えることによって、重大な誤謬を犯している。各人間個人は、一つの具体的全体を形成する。—— 彼は、反省される意識 (conscience réfléchie) が可能であるという理由によってしか、自由の可能なものではないし、また各人は、彼が他の人間諸個人に対して、かつかれらとともに、存在するという理由によってしか、反省される意識の可能なものではない。

「自由の形而上学は諸価値の創造の現象学のなかに刻まれている。…… 自由とは、ひとはひとが現にそうであるもの (ce que l'on est) の中にすっかり与えられていない、ということである。自由とはしたがって、たとえそれが、ひとが現にそうであるものに合致して自らをつくるためであるとしても、自らをつくる (se faire) 義務である。人間は自由のための存在であるから、人間は義務の存在である。自由は場合によっては、ひとが現にそうであるのとは異なって行動する能力、われわれが創造する力とよぶもの、を含意する。もしわれわれが決してただに「創造」について語ったのでなく、「諸価値の創造」について語ったとすれば、それはひとが現にそうであるのとは異なったものになる自由は、己のうちにその作品の意図、すなわちその遂行の意味、それが現実的な効果的なものにしようとする価値、を有するからである。」<sup>15)</sup>

自由な行動は恣意的行動、意味のない行動ではない。ひとが根拠のない行動、意味のない行動と見なすものは、ひとがその諸確定を探知しなかった行動、そして実際それが確定される限りにおいて、意図と意味を欠いている行動である。自由な行動は一つの価値の意図をもって意味のためになされ、そしてその理解の水準がどうであれ、理解しまた己を理解させる。それゆえに、自由は、それ

が形而上学の原理であるように、人間性の原理なのである。それは形而上学的意味をもち、一つの形而上学を要請し、形而上学的秩序の構成に身を捧げないわけにはいかない。とりわけ、それはその完成の最高度にまで達するゆえに、またそれは少しも諸原因のためでなく、意味のために行動することであるその本質を、最高度にまで実現するゆえに、そうなのである。——即自的かつ対自的意識の資格で、それが実際に極限的には、反省される意識と同一視される限りにおいて。そのようなものとして、十分に自由な行為は、十分に反省される意識を表現しており、それは十分に有意義な行為である。

自由は、自由の使用についての省察と切り離せない。自由の非決定の力は、その最初の働きかけを、判断や直接的行動を中断するところの省察のうちに見いだす。生活の成行きを中断しつつ、自己に対して、また所与に対して距離をとりつつ、自由の行為、省察の行為、は自由の新しい形式、すなわち自己の制御、を可能ならしめる。

自由は、だから、人間が即自的かつ対自的に意識——自覚と体験された意識——である、ということを含意する。ポランによれば、自由と意識は精神と同一であり、自由は実体における、かつ現動における、精神的エネルギーである。「もしひとが人間の本質を自由に限定するならば、また抽象作用によってもし自由を人間における一つの分離しうる能力であると考えるならば、ひとは大きな誤りを犯すであろう。人間は一つの全体であるし、また自由は人間において、人間が即自的かつ対自的に意識 (conscience) であって、自覚、体験された意識、他者に向かう、かつ他者に対する意識であるという事実と切り離せない。自由は意識の実践の様相であって、省察、対自的意識はその理論の様相である。極限的には、またそれらの完成点においては、自由と意識は、私が精神 (l'esprit) と呼びうるものと同一になる傾向がある。」<sup>16)</sup>

他方では、個人的自我の構成は、直接的ではない。それは他者への関係を経る。ひとは他の人々がとる意識を通してしか、次いで、かれらの影響から解放されて、かかる相互関係を自覚することによってしか、真に自己の意識をとらず、またひとは己自身、個人的人格とならない。一人の具体的、特殊の人間は、他の人々によって、また対して、そして他の人々とともに、存在する。彼は非社会的であるのと同じくらい社会的であるが、その理由は、彼が自由であり反

省的であるからである。彼の「非社会的社交性」は、彼の本性の一部をなす。

平等の欲望の、そしてその人間的な非人間性の、源泉のうち最初のものは、ただちに人間それ自体の非社会的社交性 (l'insociable sociabilité) である。人間本性に内属的であるのは社交性であって、平等ではない。人間の社交性に由来する必要性は、政治的秩序とそれを規定する法律の設定を命じる。自由そのものが、その社会的で政治的な表明において、法律の形で整序されかつ設定される。法律の前における平等、まったく形式的で抽象的な平等は、法律の普遍性の規定自体の原理であるが、かかる平等はそれに由来する。法律は平等である、なぜなら、それは一般的であるから。それが発生させかつ保証する法律の体制と形式的平等は、自由な政治社会にとって必要である。<sup>17)</sup>

各人間は、過去の底から伸びて、現在にあり、そして未来へ向かう精神的諸関係の網目 — それは徐々に文化をなす — の中にしか存在しない。人間は、まず最初に精神的であるが故に、人間の資格で存在する。自由主義が、人間は本来、自由が可能であると信じる時、それが言おうとするのは、たしかに、次のようなことである。— 人間は、彼が己のうちに潜在的にもっている自由を多少とも現実化しうることを、しかしまた、彼は本来自由であり、彼がそう望もうが望むまいが、自由であること。この自由への能力は、自由に依存しない、つまり、自分自身の自由にも、他の人々の自由にも、また一層、国家の権威にも依存しない。ひとは自分の自由を、他者から受け取ることはできないだろう。

人間的自由は、十七世紀に「自由主義的」哲学者たちが発見するように、権利においてのみならず、また本質的に、かつ事実において、譲渡不能である。だが、それは、人間は自由であるべく決定されているからではない。ひとはここで、ロックがすでにその諸原理を与えていた、人間的自由固有の不可譲性 (inaliénabilité) の哲学的基礎に出会う。しかし、この不可譲性という性格は、明らかにそれが一つの発見でないと同様に、一つの「刑の宣告」(condamnation) ではない。いつか人間的事柄に意味や秩序を与えることを断念するのを避けるために、ひとは義務から権利へ移るように、同じく力の欠如から権利の欠如へ移る。それに、もし人間が自由や理性の可能なものであるとすれば、どうしてその希望を自らに閉ざし、その目標を自らに禁じるのだろうか。



人間の、自らの自由への関係は、もう一つの秩序に属している。——それは義務の関係、言い換えれば、反省、意味、価値および理解を含意する精神的関係である。本来の意味で人間的な存在は、実際に遂行された自由への義務の帰結である。各人間は、彼がそうしうだけ完全に自由であるべく義務づけられている。

「人間は自らの人間性を拒否する力を有するだろうか。その点で彼にとって人間であることと人間以外のものであることとの間に可能な選択はあるだろうか。人間性の拒否はまた、一つの人間性の形なのだろうか。確かにそうではない。なぜなら、それはたんに人間的なものの劣った、貧弱な、または墮落した形に導くのみであるから。ひとは人間のより高い、またはより低い価値を目指すことができる。またひとは、たとえその本性が一つの法 (loi) によって表現され、一つの自由の、一つの義務に対する応答をなすものであるとしても、自らの本性から逃れることはできない。自由への義務を巧みに避けるためには、なおも自由の行為をなさねばならないだろう。まさにそれが自由への義務 (l'obligation à la liberté) —— 人間の事実 —— のユニークな性格である。というのも、ひとはそれに従うことなしにそれから自由になる力をもたないし、自由になることなしにそれに従う力をもたないから。人間の最初の原理、それから逃れられない義務、は人間的になることである。」<sup>19)</sup>

人間の実存は、彼にただちに、かつすっかり与えられているわけでない。——彼は己を耕しつつ、彼が生まれた文化の只中で、それをつくるべきである。このことは彼の人間としての義務である。人間は、彼がつくる諸作品に意味と価値を与えつつ、それらを一つの文化に統合することによって、真に人間的な実存に至る。

だから、一人の人間にとって、存在することは、他者のために存在することであり、己を理解させ、かつ理解されようと努めることである。自由な存在の完成におけるこの程度は、各人の自由の、彼の理性的省察に対する関係、彼の隣人が彼に認め、そして彼が隣人に認める価値に対する関係、彼がその中で行動し働く文化に対する関係、に依存する。だからひとは、まったく自由な、思慮深い、理性的な、化身した個人を別にして、また彼の社会や彼の文化を別にして、自由を、そうした資格で自由だけで考察することによって、判断するこ



とはできない。

それ自体として自由は、たんなる一手段、すべてにとって良く、何にでも良い一つの道具でしかない。精神的エネルギーとしてのそれを、ひとは、一個人においては、彼の反省される意識、他の人々、および周囲の文化の総体へのその諸関係の全体の中でしか評価しえない。もし抽象的にそれのみで考えられた、そうした資格での自由が、あらゆることをなしうるたんなる手段、媒介、道具として現れるとすれば、意識に対するその本質的關係において、精神の資格での自由は、いかに形式的であろうとも、本質的な究極目的としての一つの究極目的 (finalité) を備えている。それは人間自体の究極目的、政治的共同体のなかに、また一つの文化のなかに生きる、化肉した精神としての人間の究極目的である。<sup>20)</sup>

自由はそのとき、人間的究極目的 — どんなに形式的で、どんなに間接的であろうとも、本質的な究極目的 — をなすのであり、自由主義に真正の評価の原理を提供し、かつ、自由主義をその周りにたくさんある自由のあらゆる腐敗した考え方から純化する資格がある。それはつまり、自由と意識の可能な人間の究極目的は、彼自身の文化 (教養) と彼の集団の文化である、と言うことである。その完成点における文化は、意味の世界、ついに成就され満足のゆく理解と正当化の世界であろう。そのとき各人の自由は、明解であると同時に、<sup>21)</sup> ついに理解されるであろう。

### 三 個人と人格

ポランが身をゆだねてきた自由の分析、すなわち、理性的省察との、またそうした資格での人間との、その内在的關係に依じて評価された自由の悪用と善用を明らかにすることは、これからは、彼が現代にふさわしい自由主義と考える一つの自由主義の政治的諸究極目的を規定することを可能にし、また、それをこうして政治的無法地帯の中で少しずつ増殖した、あらゆる退化したまたは腐敗した諸自由主義から区別することを可能にする。もちろん自由主義の政治的究極目的は、つねに自由の政治的擁護、政治的自由の保護を経るが、さらにその意味と用法を明確にしなければならない。

そのうえ、自由を保護し擁護する配慮を元にして形成された古典的自由主義は、実際は、個人、彼の諸自由、彼の諸価値、彼の信念を、世俗的諸権力の支配、乱用または行過ぎに対して保護し擁護するのである。このように規定された自由主義は、自らの行動の諸目的を、政治権力の行使の中に、または政治の中にさえ、見いだすことはできないだろう。政治は、それがどんな形で現れようとも、諸々の勢力や権力の作用、諸々の力や暴力の作用なのである。

自由主義者の目から見ると、政治はいかなる内在的目的も表さず、伴わない。政治のあらゆる内在的目的とされるもの——安全、勢力、平和、独立、政治的自由——は、空疎な形式である。それらは本来、意味をもたない。それらは政治的道德の諸究極的目的によって養われるのでなければ、行動のプログラム、仕事の計画を提供しない。勢力はたしかに目的とされるが、しかし何のためにそうするのか。平和も確かにそうであるが、しかし平和にどんな生き方をするためなのか。独立ももちろんそうであるとされるが、しかしそれを何に対して用いるのか。政治的自由に関していえば、それはあらゆる自由と同じように、個人的自由と別の序列におかれた曖昧な手段でしかない<sup>22)</sup>。

これらの道具的諸価値は、まったく自然に、形式的で言葉だけの次元で明白さの力をもち、そして、かかる力は容易に大多数の確信を呼び起す。それらは、どんなデマゴギー（大衆煽動）にも宣伝として役立ちうる。それらはそのとき、それら自体と同じように中が空で空疎な諸イデオロギーを通して、人々や圧力団体の熱烈な諸情念を満たすために利用される。かかる諸情念は、それが怠惰によるのでないとき、一方は野心、力への意志、他方は羨望、最後に他のものは恐れ、臆病によって、引き起される。それから帰結するのは、さし当ってまたはいつかは、独裁または民主制の中で、デマゴギー的な冒険と破局でしかない。こうして墮落した目的論または戦略とは、何でありえようか。というのも、それは具体的な目的をもたないから。

ポランによれば、政治の諸究極目的は、政治のでなく、政治的道德の、言い換えれば、政治に適用された一つの道德のであると同時に、道德的諸目的に身をささげる政治の、領域に属する。自由主義的政治の諸目的は、諸個人の私生活——かれらの「プライバシー」(privacy)——を構成する習俗に介入しない。しかし、それらが自らに諸目的として与えるのは、諸個人自身とその生活

の諸条件である。その諸条件とは、かれらが、かれらの行動やかれらの作品の中で、思いついて実現することのできる最善の用法を、かれら自身の自由に可能ならしめるものである。

「自由主義の政治的究極目的の中心にあるのは個人であって、政治、集合体、または共同体ではない。他の人々の各々と、またかれらが構成する諸集団や共同体の総体と、己との諸関係の体系の中で理解された個人は、自律の可能な唯一の具体的実在である。<sup>23)</sup>」

共同体は、たとえそれが精神的きずなの体系として理解されようとも、たとえそれがそのようなものとして信仰と愛の対象であるとしても、一つの抽象的で他律的な実体、それ自体としては形式的な十分とはいえない一つの制度でしかなく、それを構成する諸個人、またはかれらの間の幾人かの人々の、なすがままである。共同体の価値は諸個人の生活の条件をなすことであるが、諸個人は、それ自体として存在する唯一の人間の実在であり、また、そうした資格で本来自由である。諸個人によるのでなければ、人間的なものは何も意味をもたない。かれらのみが、そうした究極目的がどのような仕方<sup>24)</sup>で世界に刻まれようとも、人間的目的の役割を演じることができる。

ボランはまさしく「個人」(individu)と言って、「人格」(personne)とは言わない。ひとはあまりにも人格の概念を乱用しすぎたし、それを感情的であると同じくらい混乱した胡散臭い「オーラ」で包んだ。幾人かの人々にとって、それは、おめでたい道徳至上主義や漠然たる神秘主義によって、現代の道徳的、政治的諸問題の簡単すぎる鍵、マスターキー、となった。そして、ただ一つの言葉の恩恵によって、ひとは邪悪な個人とそのエゴイズムに打ち勝つと思っていたし、ひとは自らの諸問題を解決していた。

要するに、人格は劇場の仮面、ペルソナ(persona)でしかない。それは、ひとが世界の劇場で演じる役割、彼に割り当てられ認められるある何ものかの外見、法学者たちが非常によく理解したもの、を指し示す。そして、法学者たちは「法的人格」、すなわち彼が法の主体である限りにおいての市民、をこしらえあげ、規定した。かれらはかかるこしらえものを、一集団の法的能力を担う「道徳的人格」へと、または、法の源泉としての政治的共同体を表す「公的人格」へさえも、拡張した。後者は共同体全体のための法的人格として行動するので

ある。

「人格」について、こうした法学的意味のほかに、カントがそれに与えた意味のみが保持されるだろう。すなわち、人格とは、決してたんなる手段としてでなく、一つの目的として考えられる限りにおいての人間である。それは、彼に一つの尊厳、すなわち人間の資格での人間にふさわしい、<sup>25)</sup> 特定のユニークな価値、を与えるものである。しかし、その場合、なぜこの人工的な人格の概念を借りるのだろうか。—— まさしく自律的な人間存在としての人間個人、彼の理性的な自由の能力がそうした尊厳を与えるあの個人、が問題になっているのに。

「人間の尊厳を基礎づけるものは、少しも理性でなく、自由、彼がその善用をなしうる自由である。理性がなおも作られるべきであるときでさえ、それが無秩序と恣意のなかで嘲弄されるときでさえ、最も資格がない者にすら、自由になる力が残っている。たしかに、理性が不条理 (dérailson) から生じるために、また無分別な者が意味を主張するために、理性は存在するのでない。その反対に、価値や理性を自ら作り出しつつ、その諸々の失敗や隷従から自由になることこそ、自由の特性である。そこにこそ人間の尊厳がある。なぜなら、最も資格がない者についてさえ、ひとは期待しうるし、なおも期待すべきだからである。」<sup>26)</sup>

ポランは、厳密な自由主義者として、個人の観念に戻らなければならないと言う。—— この観念は、ジャン＝ジャック・ルソーによって発見された「まったく完全で孤独な」<sup>27)</sup> 個人の神話の思い出として、一面的で軽蔑的な意味で、または不条理に絶対的な意味で、不当に使用されていたのであるが。

なぜなら、個人の観念は、人間に関して本質的なことを示すのであり、そして、まず最初に、個人は根本的にユニークで異なった、分割しえない統一体であり、己の中にのみ、その存在の原理、および意味と価値の創造の原理（自由）、ならびに己、他の人々、世界に対するその整序の原理（反省される意識、理性的省察）をもつから。

独創性の価値は人間性の考え方と結びついている。人類が、本質的に同一の諸決定因子を発展させる傾向があるにしろ、例えば何らかの成人状態のような唯一のモデルを実現する傾向があるにしろ、そうした諸存在からなる一つの種と考えられる限り、また言い換えれば、ひとが各人間を一つの種に特徴的な人

間本性に基づいてもつぱら説明することができると考える限り、独創性は否定されるか、病理学的現象と見なされねばならない。それはいずれにせよ、当然のことながら、義務とも理想とも見なされえない。せいぜいそれは、一つの後悔の機会、またはノスタルジーの近寄りがたい対象となりうるだろう。反対に、もし人類が、ベルクソン (Henri Bergson, 1859 – 1941) の教えたように、各人が彼だけの力で、ユニークな個人からなる一つの種を構成しようと試みる諸個人からなる種であるならば、独創性は弁別的な (distinctif) 性格、各人間において人間の特定のなしるしをなすもの、である。—— たとえそれが、浅薄な眼差しに対しては、大層しばしば各人を他の人々に同化するように仕向ける自然的傾向の効果によって、または外部から来る支配的影響力によって隠されるとしても。<sup>28)</sup>

しかし、ベルクソンとともに、人類は、各個人が彼だけで、ユニークな個人からなるその特殊な種を形成する種である、<sup>29)</sup> と言うだけでは十分でない。なぜなら、個人は最初に与えられていないからである。独創的なことをすること、歴史の中で個人として振舞うことは、まず最初に自分自身の個性を形成すること、自分自身と他者のために自らの存在の諸理由を推敲すること、自らの諸理由を自らの作品のおかげで真実ならしめること、自らの存在と自らの世界の秩序を打ち立てること (すなわちそうした秩序を提案し実現すること) からなる。ひとは個人として生まれない。ひとは、歴史的総体の中で、意識的に理性的諸目的のために自らの自由を使用することができる場合にしか、個人にならない。<sup>30)</sup>

そうした資格で、個人は理解し、理解させ、また理解されうる自律的存在である。彼は肉体をもつ存在、有機体的個人としてと同様、精神的存在としても、他者なしでは存在しない。彼は、彼の他者に対する関係においてしか、社会的で政治的な秩序への彼の理論的かつ実践的参加においてしか、本質的に意味と価値に満ちたあの複雑な意味で、個人として存在しない。彼は、理性的な自由の可能な諸存在の住まう、一つの精神的体系を形成する政治的秩序の中でしか、申し分のない個人になることはできない。このような個人は、もし彼が社会的で政治的なものになるのでなければ、実際にまた本当に人間にならない。

しかしながら、こうしたものとしての個人は、己のうちに自由とともに暴力をもっている。なぜなら、自由は非連続の力、差異の力であるから。というの

も、それは非決定と創造の力であるから。個人は、だからまた、非社交的存在、闘争のうちにある存在である。(だが、闘争によって作られるこの非社交性はすでに社交性の一形態である。) というのも、己自身の自由な原理(本源)として、彼は自律、独立、差異を求めるから。この資格で、彼はつねに所与、他の人々、受入れられた法律や慣習に対して、一人のありうる「悪人」である。ポランによれば、この「悪人」(méchant)という専門用語の下で、たんに自由な人間の、受入れられた所与を拒絶し、否定し、それに同意しない、あの能力を表さねばならない。

用語の本来の意味では、悪意(méchanceté)は、他の人々、かれらの社会、を拒否すること、他者の中にもう一人の自分自身、同類、他の人間——彼がいなければひとは自分でありえない——を認めないこと、他者の本質的現前に同意しないことにある。二人の個人が互いに向い合うやいなや、かれらの関係は当然相互的である。かれらの自由の特性は、各人にとって自己主張すること、また互いに対して異なること、かれらの差異を主張することである。もしかれらが対立し紛争、敵対関係に入るならば、一方は他方の敵対者であると同様、その人にとって悪人になる。その時まで二人とも孤独者であった、不意に出会った二人の個人に、いかなる「法」(Droit)も同時に課されないとき、どちらも他方の権利を認める必要はない。二人の各々は、他方の過ちと悪意を非難しつつ、己を正当化し己の権利を口実にすることを望みうる。純粹に象徴的なこの仮説において、客観的な悪人は存在しないだろう。二人の敵対者が共通の規範を承認しつつ、原初的な紛争の状況にいるのをやめる時からしか、客観的な悪人は存在しないだろう。

反対に、人間に本質的なものとして「社会性」が認められるやいなや、二人のうちで最も悪人なのは、他者の存在、自分に類似していると同時に自分以外である一人の他人の存在、を拒否する者であることは明白になる。二人のうちであまり悪人でないのは、最も社交的な者、己自身の自己主張と他人の主張の承認との間に、最も同意しやすい妥協を打ち立てうる者であろう。というのも、その二人にとって安全な状態で生き延びることは、人々の本性に形式的にかなうと同様に、人為的、約定的、可變的でもある、合意と妥協の助けによってしか保証されえないから。<sup>31)</sup>



この「非社交性」がもたらすのは、次のことである。—— 個人は、どんな影響を被ろうとも、決して己自身で十分でないとしても、己自身によってしか、己がそうあるものにならない。個人として、彼は欠如の状態、欲望の状態で生きる。「まったく完全で孤独なもの」であるどころか、つねに己自身の不十分な原理（本源）たる個人は、不満足、飽くこと知らず、の還元不能な状態で生きる。彼は自由であるので、また彼の自由は彼の欲望の飽くこと知らずを養うので、彼は不完全である。個人の生命のエネルギーは、己の自由の中に、己自身の最良の実現のための己の超出の中に、集中する。個人が己自身を明確にする、この己と他の人々との超越の躍動（élan）を個人は体験し、そして、彼にとって個人的である言語の中で、それをできるだけ明白で理解しうるものにしようと努める。

かかる超越と理解の弁証法のなかで、個人は、たえず己が遂行する任務を越えていく。彼は他の諸個人とともに、たゆまず誠実に、整序された世界、すなわち、彼自身の存在と、彼とともに生活する人々の固有の存在とが、すべての人にとって意味と価値をもつ世界、を建設しようと試みる。たえざる推敲の中で、たえざる仕事の中で、諸々の意味と価値の、あの整序された世界は、人々にふさわしい唯一のもの、文化の世界、であって、そこにこそ、自由と理性的省察の可能な諸個人、肉体と精神の存在として生活しうる真に人間的な諸個人は、かれらの満足を探求することができる。

ボランによれば、一つの政治的共同体を構成するところの、自由で理性的な諸個人の存在、その可能な最も完全な実現、それが自由主義の至高の目的である。各個人のできるかぎり高邁な（généreux）実現を本質的目的としつつ、自由主義は、エゴイスト的計算の中に、また各人のよく計算された利益の一面的探求の中に、閉じこもることはない。高邁（générosité）の語に、その最も要求の多い最も高貴な意味、すでにデカルトがその語に与えていたもの—— それをもたらしことのできる最高度での、己の評価と他の人々各々の評価—— を与えなければならない。<sup>32)</sup> そのうえ、それは「リベラル」の語の古典的用法が予感していた意味である。この語は施し（libéralités）に身を任せ、気前よく与えるのを好む相当な人物について言われている。ひとはトクヴィルの教訓を誤解するが、彼はエゴイズムと自己への閉塞によって腐った個人主義を非難していた



のであって、理性的自由、意味、および価値のユニークな原理（本源）たる個人を非難していたのではなかった。

再び、自由主義者たちが理解するような個人を規定するためにたいそう重要な、あの「理性的」（raisonnable）の語に出会うが、それにちょっと立ち止まらなければならない。なぜなら、それは自由主義にとって本質的であるから。ポランは「理性的」の語によって、律儀な明晰と善意との配慮の中で用いられた、理性の明敏な使用にもとづく個人的省察を意味する。かかる省察は、同一の文化の領域に属する、あらゆる誠実な人によって理解され、分有されうようになされる。この理性的省察は合理的計算をよりどころにしようが、しかしそれは、すぐれて道徳的、政治的諸価値が科学的与件に優先する領域において、行過ぎ、乱用、恣意への傾向に打ち勝つために、人間性、節度、可能なこと、時宜の意味を保とうと努める。理性的なことの技術は、人間の諸情念を考慮し、そしてそれらをよく利用するように、それらの善用を引き出すように努める。実際、同意された「理性的」諸決定の周りに、誠実な人々を説得して集めることが重要である。<sup>33)</sup>

誠実な人々（hommes de bonne foi）によって、ポランが言おうとするのは、かれらの固有の利益が隣人の利益を経ることを理解し受入れた人々、言い換えれば、かれらの固有の利益の実現は共通利益の実現を経ること、またそれが共同体のメンバーたち各々にもたらす不測の犠牲を経ること、を理解した人々のことである。

理性的省察は、理性的である一つの意志と不可分である。ポランによれば、それは思考する様式以上のものであって、古代人があるときは思慮（prudence）の名を、またあるときは中庸（modération）の名を与えた一つの徳である。思慮と中庸、理性的である技術、節度の技術は、自由主義の当然の諸方法の中に数えられる。自由主義には、理性的諸決定によってしか作用しない義務がある。

個人的省察と数人がかりでの省察（討議）から生まれた理性的諸決定は、すべての人の忠実な理解の精神、中庸、思慮に訴える。それらは、ふつう妥協なしではうまくいかない。どんな決定も、もちろんすべての人にとって完全ではない。しかし、そうした代価を払ってこそ、得られる同意は、自由主義的共同体の只中で多様性における和合を維持するために、十分に尊重された差異の間

の一致を<sup>34)</sup>ほどほどに保証するのである。

#### 四 自由主義の究極目的

こうして、自由主義自体に内在的なものと考えられうる、一つの理性的な究極目的が非常に明らかに引き出される、とポランは言う。なぜなら、己自身の最も理性的で最も高邁な実現のために行使される自由への義務は、一貫性によって、他者におけるかかる義務の尊重と承認を促すから。デカルトよりもさらに一步進めて、ポランによれば、高邁と呼ばれるのはたんに己自身と他の人々とを評価する技術でなく、己の存在と己の作品とを、ひとが正当にそうなしうる最高度にまで実現する技術である。共同体全体は、そうしたことが他者の尊重と承認のうちにありさえすれば、各人の最も高邁な実現、各人が己自身のうちに<sup>35)</sup>有する優れたものを表明し実現するための各人の努力、を活用する。

要するに、自由主義は、各人に、彼が己のうちに有する最良のものを表現することを、その意味で、際限なく己自身を越えていくことを、求める。ポランの唱える自由主義は、一つのヒューマニズム、創造のヒューマニズムである。

自由主義のこの究極目的は、正義の原理 (principe de justice) に対応しない。なぜなら、これは概念的にあらゆる法的状態に先立つ原理であるから。そのうえ、己自身と他の人々との高邁な評価、また己の作品において己自身を超出するための努力や、そうすべく忠実に他人を援助するための努力は、正義よりも一層高いところ — おそらく友愛 (amitié) まで — を目指す。自由主義はここで、それ以上に慈愛 (charité) の原理を援用しないだろう。なぜなら、隣人愛は自由の善用と同じくらい自由の悪用にかかわっているから。

自由主義に固有のこの究極目的は、人間性の原理 (principe d'humanité) と呼ばれるだろう。人間性であることは、自由主義的である。— 自由、己自身と他の人々に対する反省的で理性的な自由への困難な義務、それは人間そのものである。

各自由主義的人間にとって、かかる義務は、彼が関係をもつようになる各々の人に対して、そのもとで後者が反省的自由を実践しうる諸条件を保証することに貢献する義務を含意する。次のことを思い起さねばならないだろうか、と

ポランは言う。——自由は反省される意識とのその弁証法の中にしか存在しない、また各人は、彼の隣人がもつ意識を通してしか、己自身のより明敏な意識に到達しない。かかる義務は、人間的義務である。それは先行する道徳的義務であって、そのうえ政治的義務とは別の次元のものである。実際、それはまったく個人的で私的な義務である。かかる義務は、これからは「法的状態」に含まれる諸権利と諸義務に付け加わらねばならない。

長い間、自由主義国家に固有の究極目的は、その只中で市民的、政治的諸自由が国家の仲裁と保護の下で実践されうるところの「法的状態」の存在を樹立しかつ保証することにあつた。こうした個人的諸自由の列挙は、古典的である。——意見の自由、信仰の自由、私的および公的表現の自由、国境を越えてすらの移動の自由、所有権の享受、あらゆる専横に対する保障。ひとはかかる個人的諸自由を、獲得された諸権利、自由主義の最も美しい獲得物、と考えることができる。それでもやはり、それらは自由な人間たちの存在の必要不可欠の (*sine qua non*) 諸条件として、つねに主張すべきであり、またつねに擁護すべきであることに変わりはない。

現代の自由主義的政治は、しばしばそれ以上の任務を割り当てられる、とポランは言う。——それは各個人、少なくとも可能な最大数の諸個人が、反省的かつ理性的仕方て己の自由を実行に移すことができるような、言い換えれば、己の徳や運が己に可能ならしめるのと同じくらい完全に、己の賜物や己の才能を表明し己の情念を使用しうるような、生活の諸条件を打ち立てることを課されている。

自由主義国家にとって、諸個人に取って代わる必要はなく、また、ある任務を遂行して、諸個人の私的生活の唯一の発条である、かれらの固有の自由から生まれる諸義務を満たす必要はない。というのも、かれらのみが、かれらの文化をつくり、かれら自身をつくることのできるからである。<sup>36)</sup>

「自由主義はそこから、個人のみが、もちろん政治的かつ歴史的で化身した個人であるが、一つの共同体の政治に対して目的 (*fin*) の役目を果たさなければならぬ」という結論を引き出す。——政治の最終的な究極目的は、各個人の可能なる最も完全な実現である。それは他者の諸能力の最も完全な実現の尊重と理解においてなされる、各個人が固有のもの、独創的なものとして有するものの、

最も一貫した、最も調和のとれた発展である。自由主義的政治の目的は、各人におけるその卓越性の実現、または古代人が述べたようにその徳の実現であって、徳とは各人にとって自由主義的実存、すなわち自身に対して、かつ他の人々に対して高邁な実存をもたらし可能性のことである。自由主義的個人は、エゴイストの反対である。かかる究極目的は、自由主義にとって一つの聖なる (sacré) 原理をなすが、それは政治権力の善用と悪用に対する基準として役立ち、かつ政治権力が越えることのできない諸制限を決定するのである。<sup>37)</sup>」

かかる究極目的は、政治的共同体における唯一の現実的な真正の行為者は、文化に関することであれ、政治や経済に関することであれ、結局、諸個人であることを意味する。諸々の集団、集合体、国家それ自体は、かれらの発意、かれらの企て、かれらの行動の媒介物 (véhicules) でしかない。その結果、何ものも、とりわけ集合体や国家は、個人に代わって、個人のみがその自由とその自律において、彼自身によって彼自身のためになしうることを、なすことはできないということになる。自由主義が自らに与えうる他の諸目的 — 平和、勢力、公共の福祉、繁栄 — は、かかる至高の世俗的目的の諸条件にして諸手段でしかない。

こうして、自由主義的政治の最終の目的は、別の秩序のものであり、かつ勢力の諸手段たる、国家が用いる唯一の諸手段を越えている。それは、かれらの賜物、才能、情念を、かれらに可能な最高度にまで、差異の理解と相互的尊重において行使する、自由な理性的な市民たちの存在である。

自由主義的政治は、政治が生活、労働、闘争の諸条件にしか作用しえないこと、その目的はかかる諸条件を越えてはじめて遂行されうること、また、その目的は政治的諸手段によっても政治家たちによっても遂行されえないこと、を知っている。これは自由主義的政治のパラドックスであり知恵である。— 政治は、己に割り当てられる新しい目的の諸手段をもたない。それは、国家を構成する諸個人の卓越性、かれらの徳、エリートの諸行動の遂行、偉大な作品の創造、より豊かなより密度の高い「文化」の形成であって、かかる文化の只中で、人間たちは相互理解と正当化の体系の枠組みの中で、より申し分のない様式で生きることができる。

ポランは、すでに自由主義的政治に固有の性格として、高邁、忠実、節度、

思慮を思い起しつつ、ほとんど流行っていないあの「徳」(vertu)の語を用いた。しかしポランによれば、それは無意味な指標ではない。そのわけは、自由主義的政治に固有の任務は、そうした諸徳の実践が可能であるように、言い換えれば、自由主義的体制における人間たちの卓越性が可能であるように、することであるから。それを別の用語で言うとなれば、政治の目的は道徳的なものである。——それは、その諸価値を伴う一文化であり、またその文化で十分に生き、かつその創造の遂行に貢献しうる人間たちである。だが、政治家はそうしたものとして、道徳、またはより一般的に文化、を作ることができないし、また、彼の同市民たちの代りに、かれらの道徳的、文化的生を遂行することができない。政治はかかる領域において、精神的暴力によってさえ、またとくにそうしたものによっては、命令することも、押しつけることも、効果的に強制することもできない。逆に、政治こそが習俗や周囲の文化に依存するのである。<sup>38)</sup>

要するに、自由主義国家は、その最終の目的の諸手段を意のままに用いることができない。このパラドックスは、国家に決定的な諸問題を提起する。国家の存続、その存続がとるであろう形式、それがその行動に割り当てるであろう諸限界、最後にその成功は、それらの解決に依存する、とポランは考える。

理解せねばならないのは、自由主義的政治はたんに、市民たちの賜物、情念、チャンスがそれを許す限りで、自由な理性的な有徳な人々として——卓越した仕方である——実際に生きることを欲する市民たちに奉仕する技術である、ということである。自由主義的な大政治家の卓越性、徳、は仲裁者、保護者、保証人、そしてまた奉仕者たることである。彼はそのとき、彼の最終の目的は彼に依存しないので、またすべては彼に依存しないので、自らの権力を思慮と中庸をもって行使せねばならないことを理解しつつ、自らの勢力を行使する。もし彼がそれを理解すれば、どんなに強力であろうとも、彼は真に自由主義的な大政治家であろうし、彼は決して僭主でも専制君主でもないだろう。

神を信じる大政治家は、すべては彼に依存せず、彼の臣民たちの束の間の成功も、肝要なことにかれらの救済も、彼に依存しないことをよく知っている。神を信じない大政治家は、もし彼が自由主義的であるならば、自らの勢力を同様の謙虚さ、謙遜、をもって用いねばならない。とりわけ、彼が非常に強力であれば、またなおさら、彼が自らの天分を信じていれば、そうである。

ポランによれば、政治は、そこからそれが立ち現れる文化に由来する。それは一国民の文化の不可欠な一部をなしている。それは、その至高の目的へ向かうように文化に戻る。それはたえず文化に依存し、そして文化は至る所でそれを越えていて、別の秩序に属している。真に自由主義的な政治はそのことを理解し、そして法廷へ赴くように、文化の方へ向かう。それは文化に、一つの審判を、またその至高の正当性を、期待する。回顧的に人間たちの諸歴史の中で、ある遂行された文化の偉大さが、一つの大政治の褒賞と栄光をなす。そうしたことを理解すること、それは大政治家たちにとって、市民たちにとつてと同様、人間を信じることであり、そして自由主義的であることである。<sup>39)</sup>

## 注

- 1) Raymond Polin, *Le libéralisme Oui*, La Table Ronde, 1984, p. 15. 「私は長いあいだ心の底から自由主義を信じていた。その欠陥やその敗北にもかかわらず、私はそれを、失望したノスタルジ的な同情的な愛情で愛するのをやめなかった。それは独立心が強く理性的な、また信じやすくナイーブな、誠意をもった諸価値の創造の擁護者たる私の青春時代であって、そのインスピレーションは私を離れることはなかった。私は、たとえば私がシニズム的に自由主義を信じるのを諦めるとしても、私自身を献身的な自由主義者と考えるのをやめなかった。われわれが生きる時代において、効果的に自由主義者であることはもう可能なことではない。なぜなら、かかる効果は、相互的な同意、自由主義に対する相互的義務、私がそこに生きる国家の市民たちによって公言されるほぼ全員一致の自由主義的信条、を条件とするであろうから。こうした信条はもう共有されていない。だから、単純に自由主義的であることはもう理に叶っていない。」(R. Polin, *La liberté de notre temps*, Vrin, 1977, ch. 3, III, pp. 137-138.)
- 2) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 3, III, p. 136.
- 3) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 3, IV, p. 150.
- 4) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 2, II, p. 88.

「文化的アナーキズムは、逆説的に政治体制の内部で表明されうるし、またそれを破壊することなしに生き残ることさえできる。われわれはそれを体験した。このことが証明するのはたんに、かかる文化的アナーキズムが実際であるよりも空想的である、ということである。その有効性は、その内的矛盾によって抑制されていた。革命的遊戯は、十分に深い仕方でも十分に誠実な仕方でも、習俗をはみ出すことに成功しなかった。文化的革命家は、あまりにしばしば成功するとは思えないが、朝は西欧文化の消費者、昼にはブルジョワ諸技術の消費者、夕方は、もしくは大学では、文化の革命家、そして週末もしくは休暇中は、資本主義的消費者である。こうした消費社会を蔑視する人々は、実際はもっぱら消費者であって、生産者ではない。かれらの労働の蔑視は、仕事することの拒絶と同等である。」(R. Polin, *L'obligation politique*, PUF, 1971, ch. 2, II, pp. 49-50.)



5) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 15.

6) cf. J.- J. Rousseau, *Du contrat social*, liv. I, ch. I ; liv. I, ch. IV. 「人間は自由なものであるとして生まれた、しかもいたるところで鎖につながれている。」「自分の自由の放棄、それは人間たる資格、人間性の諸権利ならびに諸義務をさへ放棄することである。」(『社会契約論』桑原武夫・前川貞次郎訳、岩波文庫、15頁、22頁。)

「真の自由主義者にとって、自由は人間の本質そのもの、彼のなかにあらゆる所与とあらゆる説明に還元しえない最初のものとしてあるもの、非決定性のまた創造の力、最初の始まりの力である。自由とは人間そのものである。」(R. Polin, « Quelques principes fondamentaux pour un libéralisme de notre temps », in *Revue des Sciences morales et politiques*, 1983, p. 191.)

7) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 17.

8) R. Polin, « Les deux soeurs ennemies : égalité et liberté » (le 2 octobre 1981), in *L'exigence d'égalité*, A La Baconnière, 1982, p. 279.

9) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 18.

10) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 18 - 19.

11) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 1, IV, p. 29. 「われわれは最初に、あらゆるプロパガンダに値すると判断されたイデオロギー的原理に変えられた、絶対的自由の理論化と称揚に居合わせた。その熱狂的支持者たちは、ヘーゲルによって発せられた、絶対的自由の観念の無定見と無意味に対する、またかかる擬-理論の場合によっては起りうる実行の破局的な結果に対する、有名な警告を故意に無視したか忘却した。「絶対的自由」は、たしかに、キリスト教から生まれたあらゆる自由と同じように、現在一般に受入れられたあらゆる所与に対する根本的な非決定性の能力の観念を含意する。それは、被った諸決定を破り、確立された諸関係を解消する力として表現された自由の、あのあらゆる否定癖のある、だが純粋に消極的側面を含意する。それは己自身にしか依存しない非連続の力、逸脱の力として表現される。叙述の抽象のたいそう原初的なその段階で、自律について語るのはいき過ぎであろう。法律の観念は豪勢すぎるからである。もしひとが自由の消極的な根源であるあの非決定性の力を — それを一つの自然のままの所与、自発性の賜物とするよりも — 解明しようとするならば、私としてはそれを反省の行為の特権とするのを好むであろう。そして、それは本質上、非決定性としての自由のテーマ自体である超脱の行為、距離をおくこと、である。」(op. cit., pp. 28 - 29.)

12) 「神は、諸々の自然本性の創設者であられて諸々の欠陥の創設者ではあられないので、人間を真正なものとしておつくりになったのであるが、その人間は、みずから欲して醜悪となり、正当に罰を下されたので、醜悪な者、罰を下された者を生み出したのであった。……このゆえに、自由意志の濫用から不幸の連鎖が現れ出たのであった。それは、根基の腐敗とでもいうべき原初の墮落であって、人類は、さまざまな悲惨と結び付いて、ついには終局をもたない「第二の死」の破滅にまで導かれていくのである。」(アウグスティヌス『神の国』(三)、服部英次郎訳、岩波文庫、207頁。)

「万物をつくる者の手をはなれるときすべてはよいものであるが、人間の手につるとすべてが悪くなる。人間はある土地にほかの土地の産物をつくらせたり、ある木にほかの木の実をならせたりする。風土、環境、季節をごちゃまぜにする。……なにひとつ自然が



つくったままにしておかない。人間そのものさえそうだ。人間も乗馬のように調教しなければならない。植木みたいに、好きなようにねじまげなければならない。」(ルソー『エミール』上、今野一雄訳、岩波文庫、23頁。)

13) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 21.

14) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 3, IV, p. 149 ; *Le libéralisme Oui*, p. 21.

15) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 2, I, pp. 63-64.

16) R. Polin, « Liberté ! liberté ! », *Annales d'économie politique*, Session 1981-1982, p. 31.

cf. Descartes, *Les passions de l'âme*, I, Art. 17, & Art. 47, *Oeuvres et lettres*, Pléiade, p. 704, & p. 718. 「私が精神の作動(活動)とよぶものは、われわれの意志のはたらきのすべてである。なぜなら意志のはたらきは直接に精神から発していること、かつただ精神のみに依存するらしいこと、をわれわれは経験するからである。これに反して一般に精神の受動とよんでよいものは、われわれのうちにあるあらゆる知覚、いいかえれば認識である。なぜなら、知覚を現にあるがごときものたらしめるのは多くの場合われわれの精神ではなく、かつ精神は知覚を、すべての場合に、その知覚によって表象されている事物から受けとる、のだからである。」(『情念論』野田又夫訳、世界の名著「デカルト」、中央公論社、423頁。)「..... われわれのうちにただ一つの精神しかなく、この精神はみずからのうちに部分の相違をもたないからである。感覚的であるところの同一のものが理性的なのであり、精神のすべての欲求は意志なのである。」(同書、437頁。)

Marx, *Manuscripts de 1844*, tr. Jacques-Pierre Gougeon, Flammarion, 1996, pp. 165-167. 「こうして、存在、対象が思想のなかの存在としてあるように、主体はつねに意識ないし自己意識である。あるいはむしろ、対象はただ抽象的意識としてのみ現われ、人間はただ自己意識としてのみ現われる。..... ヘーゲルにあっては、人間の本質、人間は、自己意識に等しいと見なされる。」(『経済学・哲学草稿』城塚登・田中吉六訳、岩波文庫、198-201頁。)

17) Polin, « Les deux soeurs ennemies : égalité et liberté », in *L'exigence d'égalité*, p. 279.

cf. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784. 「世界公民的見地における一般史の構想」第四命題、『啓蒙とは何か 他四篇』篠田英雄訳、岩波文庫、29-30頁参照。

18) R. Polin, *Ethique et politique*, Sirey, 1968, ch. 2, I, pp. 53-54. ロック『市民政府論』第3章、§ 17、第4章、§ 23参照。

「そのことは、それが自由でないわけにはいかない、それは[サルトルが述べたように]「自由の刑を宣告されて」いる、ということを言おうとするものではない。なぜなら、ひとはそのとき、自由を無根拠で無意味に、恣意に帰してしまうだろうから。自由は、それが自らに与える意味によってしか、つまりそれが作り出し、かつ自らを義務づける意味に満ちた秩序によってしか、存在しない。カントが考えたように、もし自由なくして義務はないとすれば、また義務なくして自由はないのである。」(Polin, op. cit., ch. 4, II, p. 186.) サルトル『実存主義とは何か』伊吹武彦訳、人文書院、29-30頁参照。

19) Polin, *Ethique et politique*, ch. 2, I, p. 53.

「自由とはしたがって、たとえそれが、ひとが現にそうであるものに合致して自らをつくるためであるとしても、自らをつくる (se faire) 義務である。人間は自由のための存在であるから、人間は義務の存在である。」(Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 2, I, p. 64.)

20) R. Polin, « Liberté ! liberté ! », *Annales d'économie politique*, Session 1981 – 1982, p. 32.

21) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 23. ; Polin, « Liberté ! liberté ! », p. 32.

22) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 24.

23) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 25.

24) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 25 – 26.

25) cf. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Felix Meiner Verlag, 1999. 「およそ理性的存在者は自分自身を、自分の意志の一切の格律によって普遍的立法を行う者と見なし、この観点から自分自身と自分の行為とを判定せねばならない。そしてかかる理性的存在者の概念は、これに関連する極めて豊富な概念、即ち目的の国という概念に達する。……つまり理性的存在者はすべて、各自が自分自身と他の一切の理性的存在者とを決して単に手段としてでなく常に同時に目的自体として扱うべきであるという法則に従っているからである。こうして共通の客観的法則は、理性的存在者たちの体系的結合即ち国を成立させる、そしてこれらの客観的法則の意図するところは、かかる理性的存在者たちの間の目的および手段としての相互関係にあるから、このような国を目的の国（もちろんこれは一個の理想にすぎない）と名づけることができる。」（『道徳形而上学原論』篠田英雄訳、岩波文庫、83–84頁。）

26) Polin, *Ethique et politique*, ch. 2, IV, p. 95. このような価値創造の自由の理論やそれと関連した人間の尊厳の主張はボランの政治思想に特有なものと思われるが、その思想史的背景としては、ルソーの自由観やカントにおける人間性の尊厳を挙げることができよう。

cf. Rousseau, *Discours sur l'inégalité, Oeuvres complètes*, Pléiade, t. III, pp. 141 – 142 ; *Du contrat social*, liv. I, ch. IV. 「それゆえ、動物のあいだで特別に人間を区別するものは知性ではなくてむしろ彼の自由な能因という特質である。……そしてとくにこの自由の意識において彼の魂の靈性が現れるのである。なぜなら自然学はある意味で感覚の構造と観念の形成を説明するけれども、意志する力、というより選択する力に、またこの力の自覚に見出されるものは、力学の法則によってはなにも説明されない純粋に靈的な行為にほかならないからだ。」（『人間不平等起原論』本田喜代治・平岡昇訳、岩波文庫、52頁。）「自分の自由の放棄、それは人間たる資格、人類の権利ならびに義務をさえ放棄することである。……こうした放棄は、人間の本性と相いれない。そして、意志から自由を全くうばい去ることは、おこないから道徳性を全くうばい去ることである。」（『社会契約論』、22頁。）

cf. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Zweiter Abschnitt. 「目的の国では、一切のものは価格をもつかそれとも尊厳をもつか、二つのうちのいずれかである。価格をもつものは、何かほかの同価物によっても置換えられ得るが、これに反して一切の価格を越えたもの、従って同価物による置換えをまったく許さないものは、即ち尊厳

を有する。」(『道徳形而上学原論』、85-86頁。)'私達自身の意志が、その格律によって可能な普遍的立法という条件のもとでのみ行為する限り、理念として可能なこの意志こそ尊敬の本来の対象である。また人間性の尊厳は、私達が自分自身に与えた当の法則にみづから服従しているという条件があるにもせよ、自分こそこの普遍的法則の立法者であるというところに成立するのである。」(同書、94頁。)

27) Rousseau, *Discours sur l'inégalité*, Première partie.

28) Polin, *Ethique et politique*, ch. 2, I, p. 56. cf. R. Polin, « Bergson, philosophe de la création » in *Les Etudes Bergsoniennes*, vol. V, 1959. 「人類は、その中で創造的力が、種の次元でなく、個人の次元で行使される生き生きした種である。『意識の直接的与件に関する』試論』(1889年)は、各人におけるその経験を明白にし、かつ自由の形で創造を、一つの事実たる意識の直接的与件としている。それに、ひとが認める諸事実のうちで、それより明らかなことはない。」(art. cit., p. 195.)

29) Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, ch. 1, p. 97 ; *Oeuvres*, PUF, p. 1056. ベルクソン『道徳と宗教の二源泉』第1章、平山高次訳、岩波文庫。

30) Polin, *Ethique et politique*, ch. 2, I, p. 63.

31) Polin, *Ethique et politique*, ch. 2, pp. 47-48.

32) cf. Descartes, *Les passions de l'âme*, III, Art. 153-Art. 161, *Oeuvres et lettres*, Pléiade, pp. 768-774.

「それゆえ私の考えでは、人間をして正当に自己を重んじる極点にまで自己を重んぜしめるところの真の「高邁」(けだかさ)とは、一方では、自己が真に所有するといえるものとしては、自分のもろもろの意志作用の自由な使用ししかなく、自分がほめられとがめらるべき理由としては、意志をよく用いるか悪しく用いるかということしかない、と知ることであり、また他方、意志をよく用いようとする確固不変の決意を自己自身のうちに感ずること、すなわち、みづから最善と判断するすべてを企て実現しようとする意志を、どんな場合にも捨てまいとするところの、いいかえれば、完全に徳に従おうとするところの、確固不変の決意を自己自身のうちに感ずることである。」(『情念論』、490頁。)'.....すなわち、善い教育が生まれつきの欠陥を矯正するのに大いに役に立つということ。そして、自由意志とはなんであるか、自由意志を善く用いようとする確固たる決意をわれわれがもつということから生ずる利益がいかに大きいのか、また他方、功名心にとりつかれている人を悩ます心づかいがすべていかにむなしい無用なものであるかを、よくよく考えることができ、次いで高邁の「徳」をわがものにすることができるとのこと。そして、この高邁の徳は、いわば、すべての他の徳の鍵であり、あらゆる情念の迷いに対する万能の薬であるから、右の知見は心にとどめる値うちが大いにある、と私には思われるのである。」(同書、495-496頁。)

33) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 28.

34) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 28-29.

35) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 29. 「現代のデマゴグたちは、高邁の語を熱心に乱用する。— かれらにとって高邁は、人口の幾つかの部門の費用を、国家によって、言い換えれば他の人々によって、つねに他の人々によって、支払わせることにある。かれら

は何らの高邁も自負することができない、と言ってもいいくらいである。かかる偽りの高邁、かかる「心情の政治」は、しばしば、権力の陶醉に押し流されたデマゴグたちによって犯された誤謬を、すべての人に迷惑をかけて、支払わせることにさえある。」(ibid.)

36) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 29 – 30.

37) Polin, « Quelques principes fondamentaux pour un libéralisme de notre temps », p. 193.

38) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 30 – 31.

39) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 31 – 32.

〈資 料〉

# 「1978年インディアン児童福祉法 (ICWA)」 全訳

藤 田 尚 則

- I ICWAの制定
- II ICWAの概要
- III ICWA全文

## I ICWAの制定

合衆国議会は、5年間の審議を経て（第93、第94、第95議会）1978年11月8日に「インディアン児童の里子を預かる家庭（foster home）又は養子縁組家庭（adoptive home）への保護監護権の移動（placement）に関する基準を確立し、インディアン家族の崩壊を防止し、及びその他の目的のための法律」、所謂「1978年インディアン児童福祉法」（the Indian Child Welfare Act of 1978）（以下、「ICWA」という。）を制定した。ICWAは、「合衆国議会は、家族からのインディアン児童の移動及びインディアン文化の独特の価値を反映する当該児童の里子を預かる家庭又は養子縁組家庭への保護監護権の移動に関する最低限度の連邦基準（minimum Federal Standard）を確立することによって、並びに児童と家族の支援計画の実施におけるインディアン部族への援助を提供することによってインディアン児童の最善の利益（the best interests）を保護し、及びインディアン部族と家族の安定並びに安全を保護することが国家の政策であることをここに宣言する。」（第3条（合衆国法律集第25編第1902条））と謳っている。

ICWAの制定に当って合衆国議会は、1974年4月8日、9日に「上院内務・

---

1) Act of Nov. 8, 1978, Pub. L. No. 95-608, 92 Stat. 3069 (25 U.S.C. §§ 1901 et seq.).

島嶼問題委員会インディアン問題小委員会」(Subcommittee on Indian Affairs of the Senate Committee on Interior and Insular Affairs)において、1977年8月4日に「上院インディアン問題選抜委員会」(Senate Select Committee on Indian Affairs)において、そして1978年2月9日及び同年3月9日に「下院内務・島嶼問題委員会インディアン問題公有地小委員会」(Subcommittee of Indian Affairs and Public Land of the House Committee on Interior and Insular Affairs)においてそれぞれ公聴会を開催している。<sup>2)</sup> ICWAの制定に当たって合衆国議会第95議会第2会期の「下院議事録第95-1386号」は、同法制定の背景について以下のように述べている。

#### (a) 実 態

インディアン児童の彼らの家族からの大規模な分離は、アメリカ・インディアンの生活の最も悲劇的で破壊的な局面を呈するものであり、1969年に「アメリカ・インディアン問題協会」(Association of American Indian Affairs)によって実施されたインディアン人口調査の結果は、全インディアン児童のおよそ25パーセントから35パーセントが彼らの家族から引き離され、里子を預かる家庭、養子縁組家庭又は施設で生活している。幾つかの州において問題は深刻であり、ミネソタ州においては18歳未満のインディアンの児童8人に1人が養子縁組家庭で生活し、1971年ないし1972年において年齢1歳未満のインディアン児童の4人に1人近くが養子縁組されている。連邦の寄宿学校及び寄宿舎計画もまた、インディアンの家族及びコミュニティの崩壊に一役買っている。家族からの分離のトラウマに加えて保護監護権の移動又は施設の下に置かれた多くのインディアンの子どもたちは、インディアンの社会的及び文化的環境とは大きく異なった環境に適応しなければならない問題に立ち向かわなければならない。インディアン児童の福祉の危機が大規模の割合に達しており、インディアン家族が全体としての我々の社会の特色より大規模な重大な危機に直面していることは明らかである。<sup>3)</sup>

---

2) THE NATIVE AMERICAN RIGHTS FUND, A PRACTICAL GUIDE TO THE INDIAN CHILD WELFARE ACT, Appendix 1 (2007).

3) H.R. Rep. No. 95-1386, at 9-10 (1978), available at <https://narf.org/nill/documents/icwa/federal/lh/hr1386.pdf> (last visited Apr. 2, 2018). See also

## (b) 判断基準

インディアン児童福祉の危機は、虐待 (mistreatment) を定義する判断基準が訂正されるまで続くであろう。身体的虐待 (physical abuse) を理由に家族から移動させられるインディアン児童は、ほとんど存在しないのが実情である。ノースダコタ州の保留地の1つの研究によれば、身体的虐待を理由とする家族からの移動はわずか1パーセントに過ぎず、北西部における1部族の研究においても数値は同じであり、家族からのインディアン児童の移動の99パーセントは、遺棄 (neglect) や社会的剥奪といった曖昧な理由及び子どもたちが彼らの両親と生活することによって被る精神的損害 (emotional damage) の主張に基づいて行われてきている。インディアン・コミュニティは、優れた養育者と自認している両親が非インディアンのソーシャルワーカーによって養育者として不向きであると看做されてきたことに衝撃を受けている。特定家族の適合性の判断に当たって多くのソーシャルワーカーは、インディアンの文化的価値及び社会的規範を無視し、インディアンの家族生活との観点から不適切であると決定し、インディアン児童の保護監護権の移動の理由として有りもしない遺棄や放棄 (abandonment) を挙げている。監護権の移動によってインディアン児童は、彼らの部族との文化的紐帯を断ち切られた白人家族に日常的に引き取られたのである。例えばインディアンの拡大家族 (extended family) の動態は、大きく誤解されている。またインディアン児童を両親から引き離す理由としてしばしば語られるのがアルコールの乱用であるが、この判断基準は不平等に適用されている。インディアンと非インディアンの飲酒問題の比率が同じ地域で、この判断基準は非インディアンの両親には適用されてはいない。アルコールの使用については、インディアンと非インディアンの文化の間に重要な相違があることが証言されている。さらにまた裁判所は、訓練と洞察力に欠けたソーシャルワーカーの証言に頼りすぎていることが挙げられる。<sup>4)</sup>

---

Barbara Ann Atwood, *Fighting Over Indian Children: The Uses of Abuses of Jurisdictional Ambiguity*, 36 UCLA L. REV. 1051, 1055 (1989).

4) *Id.* at 10-11. See also Barbara Ann Atwood, *Tribal Jurisprudence and Cultural Meanings of the Family*, 79 NEB. L. REV. 577, 640-41 (2000); Linda J. Lacey, *The White Man's Law and the American Indian Family in the Assimilation*



### (c) 法の適正手続

インディアン児童をその生まれた家から引き離す決定は、法の適正手続 (due process of law) の保障なしに遂行されている。インディアン児童若しくは彼らの両親が代理人によって代表されること、又は専門家による証言の支援を受けることは稀なことである。多くの事例において、児童の監護権を獲得するためにソーシャルワーカーが手広く使っている手法が親権 (parental rights) の自発的権利放棄という手法にあるが故に、手続は裁決過程を全く経ることなく進められている。権利放棄の可用性の故に、そして非常に多くのインディアンの両親が生存のために生活保護の支給金に頼っているが故に、彼ら両親はままだ福祉部門の威圧にさらされている。インディアンの両親が財政的援助を受けなければならない主たるサービス部門が、彼らの家族生活にポリスパワー (police power) を行使し、ほとんどの場合に当該部門が監護手続を開始するということは、かれら両親の生活にとって実に不幸な現実である。インディアンと非インディアンの間の社会システムの衝突が、適正手続を打ち負かしている。拡大家族がその例である。拡大家族は、子育ての責任を分担することによってコミュニティの子どもとの紐帯を強化しているが、それは同時に外部の機関が監護を想定して動き出した時、核家族 (nuclear family) が即それに対応することができ、可能性を減退させている。インディアン児童が相当の時間を他の親族と費やすのは常態であるが故に、何が起きているのかを即時に理解できないのであり、気付いた時には適正手続の機会は既に過ぎ去っている。<sup>5)</sup>

### (d) 経済的刺激

ある場合において、財政的考慮が危機に働いている。例えば子どもの保護監護権の移動のために設立された機関が、監護権を移動するために児童を発見しようとの意欲を持つのである。インディアン・コミュニティの指導者たちは、連邦によって助成された里子養育制度計画が、非インディアン家族が僅かな農業所得を補充し、農場の仕事について臨時雇いを雇用するために保育所を開設

---

*Era*, 40 ARK. L. REV. 327, 375 (1986).

5) *Id.* at 11. See also Russel Lawrence Barsh, *The Indian Child Welfare Act of 1978: A Critical Analysis*, 31 HASTINGS L.J. 1287, 1300 (1980).

しようとする動きに連動していると非難しているが、このことは里子養育制度におけるインディアン児童と養子縁組されるインディアン児童数との割合の差異によって裏付けられている。ワイオミング州の実績を例に挙げれば、インディアンが里子として預けることの70パーセントを占めているが、養子縁組による保護監護権の移動におけるインディアンの占める割合はたかだか8パーセントである。里子として預けることは、児童が養子縁組された場合に終わるのである。加えて経済的阻害要因が存在している。インディアン・コミュニティの置かれている状況を打開するためには、莫大な費用が連邦及び州政府にかかってくるであろうが、長期的に莫大な費用をかけるわけにはいかない。せめて第一段階として、現在の基金を有効に使用するための新たなより効果的方法が見出されて<sup>6)</sup>しかるべきである。

#### (e) 社会的情勢

低収入、失業、病弱、不良住宅及び低学歴といった要因が、最も頻繁にインディアンの家族生活崩壊の原因として引用されるが、インディアンであろうと非インディアンであろうと全ての貧困に陥った社会が、高い割合で家族崩壊を経験するわけではない。文化的喪失、個人の無力感、自尊心の喪失といった要因が、家族崩壊の最も大きな潜在的力として働いている。それらは、大部分が長い間に確立された連邦の政策に反映された我々の国民的態度及び政府の恣意的行為から生じている。文化的な方向感覚の喪失、無気力感、自尊心の喪失といった要因が、最も潜在的な力として働いているものと思われる。それらの大部分は、長い間に確立されてきた連邦の政策に反映されているインディアンに対する連邦政府の態度及び連邦政府の恣意的な行為に起因したものである。国家によるパターナリズムの効果の1つがインディアンの両親を彼らの社会から遠ざけ、その結果彼らは自分の子どもたちを拡大家族の中の親戚の養育にゆだねるよりも、病院や福祉部門に放棄したのである。他の効果の現れが、家族の強制的、恣意的及び正当な理由のない分離である。既に指摘したように、多くのインディアン・コミュニティにおける厳しい生活状況が、福祉部門をして正当な根拠のない監護権の移動を駆り立てたのである。加えてこれらの状況が

---

6) *Id.* at 11-12. *See also* Barsh, *id.* at. 1298-3012.

インディアン家族の崩壊の主要な要因と看做され、そして一般的に言ってインディアン<sup>7)</sup>の貧困の終わりが見えなかったが故に、連邦の機関は遺棄又は移動の発生を減少させる即効的で実情に即した手段を取り入れることに失敗してきたのである。

## II ICWAの概要

ICWAは、州の少年裁判所 (juvenile court) の実践と手続に、そして私的な養子縁組機関に実質的影響を及ぼすものであり、州の裁判所及び機関の伝統的権限への不当な権利侵害であるとしてもろ手を挙げて歓迎されたわけではなかった。<sup>8)</sup>しかしICWAの制定は、多数のインディアン児童をインディアン部族の文化的実践をかえりみることなく彼らの家庭から分離してきた州及びその機関の行為を除去するために必要な法律であるとして大多数の注釈者からは評価されたのである。<sup>9)</sup>ICWAは、インディアン部族の文化的伝統を反映し、保留地に住所を定めるインディアン児童に関わる手続についての管轄権を部族裁判所に付与することによって、多くの部族の文化の中に浸透しているコミュニティ<sup>10)</sup>の価値を重んじる養育規範を優先処遇したのであり、まさに「将来の世代のために独特のインディアン文化を促進し、及び保護する」<sup>11)</sup>ために制定されたのである。

ICWAは、インディアン児童の「里子として預けること」(foster care placement)、「親権の終結」(termination of parental rights)、「養子縁組前の

---

7) *Id.* at 12. See also Barsh, *id.* at 1294-95.

8) See Barbara Ann Atwood, *Flashpoints Under the Indian Child Welfare Act: Toward a New Understanding of State Court Resistance*, 51 EMORY L.J. 587 (2002); Michele K. Bennett, *Native American Children: Caught in the Web of the Indian Child Welfare Act*, 16 HAMLINE L. REV. 953 (1993).

9) B.J. JONES, MARK TILDEN & KELLY GAINS-STONER, *THE INDIAN CHILD WELFARE ACT HANDBOOK* 1 (2d ed. 2008).

10) Melissa Murray, *The Network Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers*, 95 VA. L. REV. 385, 422 (2008).

11) STEPHEN L. PEVAR, *THE RIGHTS OF INDIANS AND TRIBES* 294 (4th ed. 2012).

保護監護権の移動」(pre-adoptive placement) 及び「養子縁組による保護監護権の移動」(adoptive placement) に関する手続を定め、一時的（里子の養育）又は永続的（養子縁組）な保護監護権の移動を決定する際に州裁判所がインディアン児童の親ないし両親、インディアンの監護権者（Indian custodian）又はインディアン児童の部族（Indian Child's tribe）に付与しなければならない諸権利について規定しているところ（手続とそれに伴う権利の保障）、その骨子は以下のごときである。

(a) インディアンの児童がインディアン保留地（Indian reservation）に住所を定め、又は部族裁判所（tribal court）が当該児童の後見裁判所（court of ward）となった場合、部族裁判所が当該児童に関する全ての監護（権）事項について排他的管轄権（exclusive jurisdiction）を有する（第101条第a項（合衆国法律集第25編1911条第a項））。

(b) インディアンの児童が保留地の外に住所を定めている場合、州裁判所と部族裁判所が競合管轄権（concurrent jurisdiction）を有し、監護手続（custody proceeding）が州裁判所で開始される場合、州裁判所は当該児童の親又はインディアンの監護権者及びインディアン児童の部族に通知しなければならない、彼ら又は彼女らは係属中の手続及び訴訟参加の権利（right to intervene）を有する（第102条第a項（同第1912条第a項））。親又はインディアンの監護権者又はインディアン児童のいずれかが申請した場合、州裁判所は親の反対又は異なる適切な事由が存在しない限り、事件を部族裁判所に移送しなければならない（第101条第b項（同第1911条第b項））。

(c) 州裁判所で審理する場合、親又はインディアン監護権者の継続的監護が児童にとって著しい精神的又は身体的損害を引き起こす可能性があるとする資格を有する鑑定人の証言を含む合理的疑義を超える証拠によって支持される決定がない限り、州裁判所は親権を終結することはできまい（第102条第f項（同第1912条第f項））。

(d) 親又はインディアンの監護権者は、裁判所が貧困であると決定した事件である場合、移動、保護監護権の移動又は終結の手続において裁判所が任命する弁護士への援助を受ける権利（right to court-appointed counsel）を有する（第102条第b項（同第1912条第b項））。

(e) 州裁判所は、インディアン児童を非インディアンの養子縁組家庭に監護権を移動する前に異なる適切な事由が存在しない場合、①児童の拡大家族の構成員、②インディアン児童の部族のその他の構成員、③他のインディアン家族の順で優先権 (preference) を与えなければならない (第105条第a項 (同第1915条第a項))。同様の優先順位が、養子縁組による保護監護権の移動についても課される (第105条第b項 (同第1915条第b項))。

(f) 州裁判所によって審理されるインディアン児童の保護監護権の移動の裁判がICWAを侵害する場合、親又はインディアンの監護権者又はインディアン児童の部族は、ICWAに違反するとの立証に基づいて当該裁判を無効とする訴えを管轄権を有する裁判所に提起することができる (第104条 (同第1914条))。

(g) 部族裁判所の監護権の決定は、州裁判所によるそれと同じように「十分な信頼と信用」 (full faith and credit) を与えられる (第101条第d項 (同1911条第d項))。

(h) 州法の下でのインディアン児童の各々の保護監護権の移動記録は、本条に特記された優先権に関する規則に従った努力を証明するために保護監護権の移動が行われる州によって保存されなければならない (第105条第e項 (同1915条第e項))。養子縁組されたインディアン児童が18歳に達した場合、州は当該個々人に部族への加入に関する情報、可能であれば生物学上の両親に関する情報を提供し、及び個々人の部族関係から生ずる権利を保護するために必要とされ得るその他の情報を提供しなければならない (第107条 (同1917条))。

このようにICWAは、インディアン部族に有利に働く二元的管轄権の制度を採用し、インディアン児童が保留地に居住する場合、州裁判所は当該児童の監護手続に管轄権を行使できないとし、当該児童が保留地の外に居住する場合に競合管轄権を認めている。しかし州裁判所は、一定の場合を除いて部族ないし親の請求がある場合に事件を部族裁判所に移送しなければならず、管轄権は推定上部族にあることになる。換言すればICWAは、「部族裁判所の管轄権の優先」を確立したと言える。さらに事件が州裁判所で審理される場合でも、部族等は訴訟に参加することができる建前となっている。

### III ICWA全文<sup>12)</sup>

#### 第1901条（合衆国議会の認定）（第2条）

合衆国とインディアン部族及びその構成員との特別な関係並びにインディアン人民への連邦の責任を承認し、合衆国議会は以下の各号に定めることを認定する。

- (1) 合衆国憲法第1条第8節第3項は、「合衆国議会は……インディアン部族との通商を規制する権限を有する。」と規定し、当該規定及びその他の憲法上の権限を通して合衆国議会はインディアン問題に対する無条件の権限（plenary power）を有する。
- (2) 合衆国議会は、インディアン部族を処理する法律、条約及び一般的手続を通してインディアン部族及びその資源を保護し、並びに保存する責任を有する。
- (3) 児童以上にインディアン部族の継続的存在及び整合性にとって重要な資源は存在せず、及び合衆国は受託者としてインディアン部族の構成員又は構成員の資格があるインディア児童を保護することに直接的利益を有する。
- (4) インディアン家族の驚くほどの高い割合が、非部族の公的及び私的機関によるしばしば正当な理由ない彼らの児童の移動によって解体され、及び当該児童の驚くほどの高い割合が非インディアンの里子を預かる家庭及び養子縁組家庭並びに施設に収容されている。
- (5) 州は、行政機関及び司法機関を通してインディアン児童の監護手続に対する承認された当該州の管轄権を行使するに際してしばしばインディアン人民の本質的な部族との関係及びインディアンのコミュニティと家族に広く行きわたっている文化的並びに社会的基準を承認してこなかった。

#### 第1902条（合衆国議会の政策宣言）（第3条）

合衆国議会は、家族からのインディアン児童の移動及びインディアン文化の独特の価値を反映する当該児童の里子を預かる家庭又は養子縁組家庭への

---

12) 条数は合衆国法律集第25編の条数を示し、括弧内の条数は制定時の（合衆国法律集への編纂前の）の条数を示す。

保護監護権の移動に関する最低限度の連邦基準を確立することによって、並びに児童と家族の支援計画の実施におけるインディアン部族への援助を提供することによって、インディアン児童の最善の利益を保護し、及びインディアン部族と家族の安定並びに安全を保護することが国家の政策であることをここに宣言する。

#### 第1903条（定義）（第4条）

本章〔第21章 — インディアン児童福祉〕の目的にとって次の各号に掲げる用語の意義は、他において特に定めがない限りそれぞれ当該各号に定めるところによる。

(1) 「児童の監護手続」とは、以下に定めることを意味し、及び含む。

(i) 「里子として預けること」 親又はインディアンの監護権者が要求に応じて児童を復帰させることができていないが、親権が終結させられていなかった場合に、インディアン児童をその親又はインディアンの監護権者から一時的な保護監護権の移動のために里子を預かる家庭又は施設又は保護者 (guardian) 又は後見人 (conservator) の家庭に移動する全ての行為をいう。

(ii) 「親権の終結」 親子関係の終結を起因する行為をいう。

(iii) 「養子縁組前の保護監護権の移動」 親権の終結後であるが、養子縁組による保護監護権の移動前の又はその代わりにインディアン児童の里親家庭又は施設への一時的保護監護権の移動をいう。

(iv) 「養子縁組による保護監護権の移動」 養子縁組の終局判決という結果に至る行為を含む、養子縁組によるインディアン児童の永続的保護監護権の移動をいう。

当該用語又は諸用語には、成人によって実行された場合に犯罪と看做される行為又は離婚手続における両親の一方への監護権の仲裁裁定に基づく保護監護権の移動は含まれない。

(2) 「拡大家族の構成員」 インディアン児童の部族の法の若しくは慣習によって定義され、又は当該法若しくは慣習が存在しない場合には、18歳に達した者であって及びインディアン児童の祖父母、叔母又は叔父、兄弟又は姉妹、義理の兄弟又は義理の姉妹、姪又は甥、従兄弟又はまたいとこ、又は



継父母をいう。

- (3) 「インディアン」 インディアン部族の構成員である者又はアラスカ先住民である者及び合衆国法律集第 43 編第 1606 条に規定された地域会社 (Regional Corporation) の構成員をいう。
- (4) 「インディアン児童」 18 歳未満の未婚の者であつて、(a) インディアン部族の構成員である者、又は (b) インディアン部族の構成員の資格がある者で、及びインディアン部族の構成員の生物学上の児童である者のいずれかをいう。
- (5) 「インディアン児童の部族」 (a) インディアン児童が構成員であり又は構成員たる資格があるインディアン部族、又は (b) 2 つ以上の部族の構成員であり又は構成員たる資格があるインディアン児童の場合、インディアン児童がより重要な接触を持っている部族をいう。
- (6) 「インディアンの監護権者」 部族の法若しくは慣習若しくは州法に基づいてインディアン児童の法的監護権を有するインディアン、又はインディアン児童の親によって一時的身体の養育、監護及び監督が引き渡されたインディアンをいう。
- (7) 「インディアン組織」 インディアンによって所有若しくは管理される団体、協会、組合、会社又はその他の法的主体又は構成員がインディアンである多数派をいう。
- (8) 「インディアン部族」 インディアンとしての地位の故に内務長官によってインディアンに提供される役務を受け取る資格があるものとして承認されたインディアンの部族、バンド、ネーション又はインディアンのその他の組織化された団体若しくはコミュニティをいい、合衆国法律集第 43 編第 1602 条第 c 項に規定されるアラスカ先住民部落を含む。
- (9) 「親」 インディアン児童の生物学上の親若しくは両親又は部族の法若しくは慣習に基づく養子縁組 (adoption) を含むインディアン児童を法的に養子縁組したインディアンをいう。親には、父性 (paternity) が承認されず、又は確立されていない未婚の父は含まれない。
- (10) 「保留地」 合衆国法律集第 18 編第 1151 条に定義されるインディアン・カントリー又は同第 1151 条が適用されない土地であつて、その権原 (title)

がインディアン部族又は個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡（alienation）制限に服してインディアン部族又は個人によって保有される土地をいう。

(11) 「長官」 内務長官をいう。

(12) 「部族裁判所」 児童の監護手続に管轄権を有する裁判所であって、インディアン部族の法典又は慣習によって設立され、及び運営されるインディアン犯罪裁判所（Court of Indian Offenses）又は児童の監護手続に対する権限を付与された部族のその他の行政機関をいう。

## 第1節 児童の監護手続

第1911条（児童の監護手続に対するインディアン部族の管轄権）（第101条）

(a) (排他的管轄権)

インディアン部族は、州に関して当該部族の保留地内に居住し又は住所を定めるインディアン児童に関わる児童の監護手続に対する排他的管轄権を当該管轄権が現行連邦法で州に付与されている場合を除いて保持する。

(b) (手続の移送; 部族裁判所による辞退)

インディアン児童の部族の保留地内に住所を定めず又は居住していないインディアン児童を里子として預けること、又は当該児童の親権の終結についての州裁判所手続において、裁判所は異なる適切な事由が存在しないとき、いずれかの親の反対がない場合であって親又はインディアンの監護権者又はインディアン児童の部族のいずれかの申請に基づいて当該手続を部族の管轄権に移送しなければならない。ただし、当該移送は当該部族の部族裁判所による辞退（declination）に従わなければならない。

(c) (州裁判所手続; 訴訟参加)

インディアン児童を里子として預けること又は親権の終結についての州裁判所手続に児童のインディアン監護権者及びインディアン児童の部族は、当該手続のいかなる時点においても訴訟に参加する権利を有する。

(d) (一般法律、訴訟記録及びインディアン部族の司法手続への十分な信頼と信用)

合衆国、全ての州、合衆国の全てのテリトリー又は領地及び全てのインディ

アン部族は、インディアン児童の監護手続に適用される一般法律、訴訟記録及びインディアン部族の司法手続へ十分な信頼と信用を当該法主体がその他の法主体の一般法律、訴訟記録及び司法手続へ十分な信頼と信用を与えると同程度に与えなければならない。

#### 第1912条（係争中の裁判手続）（第102条）

##### （a）（通知；手続の開始時期；準備のための追加の期間）

州裁判所における強制手続（involuntary proceeding）において、当該裁判所がインディアン児童が関わることを知っている場合又は知るべき理由がある場合、インディアン児童を里子として預けること又は当該児童の親権の終結を求める当事者は、親又はインディアンの監護権者及びインディアン児童の部族に要請された書留郵便物受領通知付きの書留郵便で係属中の手続及び訴訟参加の権利について通知しなければならない。親又はインディアンの監護権者及び部族の身元又は場所が決定され得ない場合、当該通知は同様の方法で内務長官に付与されなければならない、長官は親又はインディアンの監護権者及び部族に必要な通知を提供するために受領後15日間の期間を有する。里子として預けること又は親権の終結の手続は、親又はインディアンの監護権者及び部族又は長官による通知受領後少なくとも10日後まで執ってはならない。ただし、親又はインディアンの監護権者又は部族は、請求に基づいて当該手続の準備のため追加の20日の期間を認められるものとする。

##### （b）（弁護士への任命）

裁判所が貧困であると決定した事件である場合、親又はインディアンの監護権者は、移動、保護監護権の移動又は終結の手続において裁判所が任命する弁護士の援助を受ける権利を有する。裁判所は、その裁量で弁護士の任命が児童の最善の利益になるとの認定に基づいて当該弁護士を任命することができる。州法が当該手続における弁護士の任命に関して規定を置いていない場合、裁判所は速やかに弁護士の任命について長官に通知しなければならない、長官は裁判長の確認に基づいて本編〔合衆国法律集第25編〕第13条〔インディアン問題局による歳出予算の歳出〕に従って支出され得る基金から正当な手数料及び経費を支払うものとする。

## (c) (審査報告書又はその他の文書の調査)

各々の当事者は、インディアン児童に関わる州法に基づいて里子として預けること又は当該児童の親権の終結の手続について当該訴訟に関する判決がその基礎とする裁判所に提出された全ての審査報告書又はその他の文書を調査する権利を有する。

## (d) (救済支援及び復帰計画; 予防措置)

州法に基づく里子として預けること又は親権の終結の達成を求める当事者は、インディアン家族の崩壊を防ぐために立案された救済支援及び復帰計画を提供するために積極的努力が行われたこと、及びこれらの努力が不成功に終わったことについて裁判所を説得しなければならない。

## (e) (里子として預けることの命令; 証拠; 児童への損害の決定)

里子として預けることは、親又はインディアンの監護権者による継続的監護が児童にとって著しい精神的又は身体的損害を引き起こす可能性があるとする資格を有する鑑定人の証言を含む明確且つ説得力ある証拠によって支持される決定がない限り、当該手続において命令されることはない。

## (f) (親権終結命令; 証拠; 児童への損害の決定)

親権の終結は、親又はインディアン監護権者の継続的監護が児童にとって著しい精神的又は身体的損害を引き起こす可能性があるとする資格を有する鑑定人の証言を含む合理的疑義を超える証拠によって支持される決定がない限り、当該手続において命令されることはない。

## 第1913条 (親権; 自発的終結) (第103条)

## (a) (同意; 訴訟記録; 証明事項; 無効な同意)

親又はインディアンの監護者が自発的に里子として預けること又は親権の終結に同意した場合、当該同意は書面で執行され、及び管轄権を有する裁判所の裁判官の面前で記録され、並びに同意の条件と結果が十分に詳細にわたって説明され、及び親又はインディアンの監護権者によって十分に理解されているとする裁判長の証明書が伴わない限り有効とされない。裁判所はまた、親又はインディアンの監護権者のいずれかが英語による説明を十分に理解したこと、又は当該説明が親若しくはインディアンの監護権者が理解する言語に通訳されたことを証明しなければならない。インディアン児童の出生前に

又は出生後10日以内に行われた同意は、有効と看做されない。

(b)（里子として預けること；同意の撤回）

親又はインディアンの監護権者は、州法に基づいて何時でも里子に預けることを撤回することができ、撤回により児童は親又はインディアンの監護権者に復帰させられなければならない。

(c)（親権又は養子縁組による保護監護権の移動の自発的終結；同意の撤回；監護権の引戻し）

インディアン児童の親権の終結又は養子縁組による保護監護権の移動の自発的手続において親の同意は、終結又は養子縁組の終局判決に至る以前、具体的な場合に依りて何らかの理由により何時でも撤回されることができ、その場合児童は親に復帰させられなければならない。

(d)（間接的攻撃；判決の取消し及び監護権の引戻し；制限）

州裁判所においてインディアン児童の養子縁組の終局判決登録の後、親は養子縁組への同意が詐欺又は脅迫によって得られたことを理由に撤回し、及び裁判所に当該判決を取り消すよう申し立てることができる。当該同意が詐欺又は脅迫によって得られたとする認定に基づいて、裁判所は当該判決を取り消し、児童を親に復帰させなければならない。少なくとも2年の間有効であった養子縁組は、その他の点で州法に基づいて認められない限り、本項の規定に基づいて無効とされない。

第1914条（侵害の立証に基づく訴訟を無効とする管轄権を有する裁判所への訴え）（第104条）

州法に基づいて里子として預けること又は当該児童の親権の終結のための訴訟の主体であるインディアン児童、当該児童の監護権が移動された親又はインディアンの監護権者及びインディアン児童の部族は、当該訴訟が本編第1911条、第1912条及び第1913条に違反するとの立証に基づいて、当該訴訟を無効とする訴えを管轄権を有する裁判所に提起することができる。

第1915条（インディアン児童の保護監護権の移動）（第105条）

(a)（養子縁組による保護監護権の移動；優先権）

州法に基づきいかなるインディアン児童の養子縁組による保護監護権の移動においても、異なる適切な事由が存在しない場合、監護権の移動に関して

優先権が (1) 児童の拡大家族の構成員、(2) インディアン児童の部族のその他の構成員、又は (3) 他のインディアン家族に与えられる。

(b) (里子として預けること又は養子縁組前の保護監護権の移動; 判断基準; 優先権)

里子として預けること又は養子縁組前の保護監護権の移動の運びとなった全ての児童は、最大限に家族に接近し、及び可能であれば児童の特別の要求を満たす最も制限的でない環境に置かれなければならない。児童はまた、児童にとっての特別の要求を考慮に入れて彼又は彼女の家に適正に近接した場所に移動されなければならない。養子縁組前の保護監護権の移動において異なる適切な事由が存在しない場合、以下の規定に従って優先権が与えられる。

(i) インディアン児童の拡大家族の構成員。

(ii) インディアン児童の部族によって許可され、承認され又は特定された里子を預かる家庭。

(iii) 公認の非インディアンの許可機関によって許可され、又は承認されたインディアンの里子を預かる家庭。

(iv) インディアン部族によって承認され、又はインディアン児童の要求を満たす計画を有するインディアンの機関によって運営される施設。

(c) (優先権についての異なった決定に関する部族の決議; 考慮されるべき人的優先権; 優先権の適用における匿名性)

本条第a項又は第b項に基づく保護監護権の移動の場合においてインディアン児童の部族が、決議によって優先権についての異なった規則 (order) を定めた場合、保護監護権の移動に影響を与える機関又は裁判所は、保護監護権の移動が本条第b項に規定される児童の特別の要求にとって最も制限的でない環境である限り、当該規則に従わなければならない。適切である場合、インディアン児童又は親の優先権が考慮されなければならない。ただし、同意する親が匿名性の要求を明示した場合、裁判所又は機関は優先権を適用するに際して当該要求に重きを置かななければならない。

(d) (適用されるべき社会的及び文化的基準)

本条の優先権の要求に適合して適用されるべき基準は、親又は拡大家族が居住するインディアン・コミュニティの支配的な社会的及び文化的基準で



なければならず、又は親又は拡大家族の構成員が社会的及び文化的きずなを維持している基準でなければならない。

(e) (保護監護権の移動記録; 可用性)

州法の下でのインディアン児童の各々の保護監護権の移動記録は、本条に特記された優先権に関する規則に従った努力を証明するために保護監護権の移動が行われる州によって保存されなければならない。当該記録は、長官又はインディアン児童の部族の要請に基づいていかなる時でも利用可能にされなければならない。

第1916条 (監護権の復帰) (第106条)

(a) (申請; 児童の最善の利益)

いかなる州法の規定にも拘わらず、インディアン児童の養子縁組の終局判決が取り消され若しくは無効とされ、又は養親 (adoptive parent) が自発的に児童に対する親権の終結に同意した場合は、生物学上の親又は以前のインディアン監護権者は、監護権の復帰 (return of custody) を申請することができ、裁判所は本編第1912条の規定に従った手続において当該監護権の復帰が児童の最善の利益にならないとする立証がない限り、当該申請を認めなければならない。

(b) (里子の養育家庭からの移動; 保護監護権の移動手続)

インディアン児童が、里子の養育、養子縁組前の又は養子縁組による保護監護権の移動を促進する目的で里子の養育家庭又は施設から移動される場合、インディアン児童が当初移動された監護権から親又はインディアンの監護権者に復帰させられる場合を除いて、当該保護監護権の移動は本章〔第21章—インディアン児童福祉〕の規定に従うものとする。

第1917条 (部族への加入情報及び部族関係からの権利保護に関するその他の情報; 養子縁組による保護監護権の移動の主体の申請; 裁判所による開示) (第107条)

18歳に達し、及び養子縁組による保護監護権の移動の主体であったインディアン個々人の申請に基づいて終局判決を登録する裁判所は、当該個々人に部族への加入に関する情報、可能であれば生物学上の両親に関する情報を提供し、及び個々人の部族関係から生ずる権利を保護するために必要とされ得る



その他の情報を提供しなければならない。

第1918条 (児童の監護権手続に対する管轄権の再引受け) (第108条)

(a) (申請書; 適切な計画; 長官による承認)

1968年4月11日法第4編 (82 Stat. 73, 78) で修正された1953年8月15日法 (67 Stat. 588) [一般法律第280号 (Pub. L. No. 280)] の規定に従って、又はその他の連邦法の規定に従って州の管轄権に服することとなったインディアン部族は、児童の監護権手続に対する管轄権を再引受けすることができる。インディアン部族が児童の監護権手続に対する管轄権を再引受けすることができる以前に、当該部族は当該管轄権を行使するために適切な計画を含む当該管轄権を再取得する申請書を長官に提出しなければならない。

(b) 長官による考慮に適用されるべき判断基準; 部分的返還)

(1) 第a項に基づく部族の計画の申請書及び実行可能性を考慮するに際して、長官は他の事項に加えて以下に定める事項を考慮することができる。

(i) 部族が、部族による管轄権の再引受けによって影響を受ける者を明確に確認する構成員名簿又は代替案を保持しているか否か。

(ii) 部族による管轄権の返還及び再引受けによって影響を受ける保留地又は以前の保留地地域の規模。

(iii) 部族の人口基盤又は同質のコミュニティー若しくは地理的地域の配分。

(iv) 単一の保留地又は地理的地域を複数部族が占有する場合の計画の実行可能性。

(2) 長官が本編第1991条第a項に定める管轄権規定を決定した場合において、長官は部族が本編第1911条第b項に規定された付託管轄権 (referral jurisdiction) を行使することができる部分的返還を受け容れる権限を付与され、又は適切と判断される場合には部族に影響を受ける地域の保留地の地位を考慮することなく限定的コミュニティー又は地理的地域に対する本編第1911条第a項に規定された排他的管轄権を認めるものとする。

(c) (申請書の承認; フェデラル・レジスタへの公表; 通知: 再引受け期間; 否認理由の修正)

長官が第a項に基づく申請書を承認した場合、長官は当該承認の通知書をフェデラル・レジスタに公表し、及び承認によって影響を受ける州又は諸州

に正式に通告しなければならない。関係するインディアン部族は、承認の通知書がフェデラル・レジスタに公表された60日後に管轄権を再引受けしたものととする。長官が第a項に基づく申請書を承認しなかった場合、長官は長官が否認理由として確認した不備を修正するのに必要とされる専門的援助を提供しなければならない。

第1919条（州とインディアン部族との間の合意）（第109条）

(a)（主題範囲）

州及びインディアン部族は、個々の場合の管轄権の規則的な方法での管轄権の移送を定める合意及び州とインディアン部族との間の競合管轄権を定める合意を含む、相互にインディアン児童の保護と監護権及び児童の監護権手続に関する合意を結ぶ権限を付与される。

(b)（取消し；通知；訴訟又は手続は影響されない）

当該合意は、いずれかの当事者によって他方当事者への書面による180日間の期間をもつての通知で撤回することができる。当該撤回は、合意が他の定めを置いていない限り、裁判所が既に管轄権を引き受けた訴訟又は手続に影響を及ぼすものではない。

第1920条（監護権からの児童の不適切な移動；管轄権の辞退；児童の即時復帰（返還）；危険例外）（第110条）

州裁判所へのインディアン児童の監護権手続の申立人が、親若しくはインディアンの監護権者から不当に児童を移動していた場合、又は訪問後若しくは監護権の一時的放棄後に不当に監護権を実行していた場合、裁判所は当該申立てに関する管轄権を辞退し、及び親又は監護権者へ児童を復帰させることが児童にとって実質的且つ即時の危険若しくは当該危険の脅威にならない限り、当該児童を彼の親又は監護権者に即時に復帰させなければならない。

第1921条（インディアン児童の親権又はインディアン監護権者を保護するために適用される高次の州又は連邦の基準）（第111条）

州法又は連邦法に基づく児童の監護権手続に適用される州又は連邦の基準が、本節に規定された権利よりもインディアン児童の親権又はインディアン監護権者の権利の保護に関して高次の基準を規定している場合、州裁判所又は連邦裁判所は州又は連邦の基準を適用しなければならない。

## 第1922条（児童の緊急の移動又は保護監護権の移動；終結；適切な訴訟）（第112条）

本節のいかなる規定も、インディアン児童への差し迫った身体的損害又は危害を防止するために、適用州法に基づいて当該児童の親又はインディアンの監護権者又は当該児童の緊急の保護監護権の移動から、保留地に居住し又は住所を定め、一時的に保留地の外に住んでいる当該児童の里親家族又は施設への緊急移動（emergency removal）を妨げるよう解釈されてはならない。州の機関、官吏又は関連行政機関は、緊急移動又は保護監護権の移動が当該児童への差し迫った身体的損害又は危害を防止するためにもはや不必要となった場合、当該緊急移動又は保護監護権の移動は即時に終結しなければならない。本節の規定に従って児童の監護手続を即時に開始し、当該児童を適切なインディアン部族の管轄権に移送し、又は適切な場合に当該児童を親又はインディアンの監護権者に復帰させなければならない。

## 第1923条（発効日）（第113条）

本節のいかなる規定も、本編第1911条第a項、第1918条及び第1919条を除いて、1978年11月8日以後180日以前に開始され、又は完了された里子として預けること、親権の終結、養子縁組前の保護監護権の移動又は養子縁組による保護監護権の移動のための州法に基づく手続に影響を与えるものではない。ただし、同一事項に関してのその後の手続又は同一の児童の監護権若しくは保護監護権の移動に影響を与える手続に適用されるものとする。

## 第2節 インディアンの児童と家族計画

## 第1931条（保留地上の又は保留地に近接する計画の承認及び児童福祉法典）（第201条）

### （a）（目的の声明；計画の範囲）

長官は、インディアンの部族及び組織に保留地上の又は保留地に近接する場所でのインディアンの児童及び家族へのサービス計画の策定及び事業及び児童福祉法典の作成と実現に関して助成金を与える権限を付与される。全てのインディアンの児童及び家族へのサービス計画の目的は、インディアン家族の崩壊を妨げ、及び特にインディアン児童の親又はインディアン監護権者

の監護権からの当該児童の永続的移動が最後の手段であることを保障するものでなければならない。当該児童及び家族へのサービス計画は、以下の各号に規定されるものを含み、これに限定されない。

- (1) インディアンの里子を預かる家庭及び養子縁組家庭を許可し、又は別な方法で規制する制度。
  - (2) インディアンの家族のカウンセリング及び治療並びにインディアン児童の一時的保護のための施設の営業及び維持。
  - (3) 専業主婦及び家庭内カウンセラー、デイケア、アフタースクールケアを含む家族援助、雇用、リクリエーション活動及びレスパイトケア。
  - (4) 家庭改善計画。
  - (5) 家庭内関係及び児童福祉事項の処理について部族裁判所を補助する専門職員及び他の訓練された人材の雇用。
  - (6) 児童と家族への援助及びサービス計画に関連する技能における部族裁判所の裁判官及び職員を含むインディアンの教育並びに訓練。
  - (7) インディアンの養子が、維持及び医療のための支援の適切な州基準を勘案して里子として資格を有するそれに匹敵する援助を提供され得る補助金計画。
  - (8) 部族、州又は連邦の児童の監護手続に関係するインディアンの家族への指導、法定代理及び助言。
- (b) (社会保障又は他の連邦財政援助のための非連邦見合基金；当該計画への援助は影響されない；州による連邦によって援助される計画に基づく援助についての有資格性のための許可又は承認)

本条に従って長官による使用のために充当される基金は、社会保障法（the Social Security Act）〔合衆国法律集第42編第620条以下、第1397条以下〕第IV-B編及び第XX編に基づいて、又は当該基金が本章の下で充当することが権限付けられた目的に貢献する連邦財政援助計画に基づいて提供される基金に関連して非連邦見合基金（non-Federal matching share）として利用され得る。本条に基づく援助の提供又は実現可能性は、社会保障法第IV-B編及び第XX編又は他の連邦によって援助される計画に基づいて別の方法で承認される援助の否認又は削減の理由とはならない。連邦によって承認される計画の

有資格性の目的にとって、インディアン部族による里子を預かる家庭若しくは養子縁組家庭若しくは施設の許可又は承認は、州による許可又は承認に相当するものと看做される。

#### 第1932条 （追加のサービスのための保留地外計画への補助金）（第202条）

長官はまた、以下の各号に規定されるものを含み、これに限定されない保留地外のインディアンの児童及び家族のサービス計画の策定及び事業のためにインディアン組織に対して補助金を与える権限を付与される。

- (1) インディアンの養子が、維持及び医療のための支援の適切な州基準を勘案して里子として資格を有するそれに匹敵する援助を提供され得る補助金計画を含む、インディアンの里子を預かる家庭及び養子縁組家庭を規制、維持及び支援するための制度。
- (2) インディアン家族及びインディアンの里子と養子のカウンセリング及び治療のための施設並びにサービスの営業及び維持。
- (3) 専業主婦及び家庭内カウンセラー、デイケア、アフタースクールケアを含む家族援助、雇用、リクリエーション活動及びレスパイトケア。
- (4) 児童の監護手続に関するインディアンの家族への指導、法定代理及び助言。

#### 第1933条 （保留地内と保留地外の計画の基金）（第203条）

- (a) (保健・社会福祉省の類似の計画のために充当される基金; 支払いの促進における充当)

保留地内と保留地外の両者でのインディアンの児童及び家族のサービス計画の策定、事業及び基金について、長官は保健・社会福祉省長官と合意を結ぶことができ、保健・社会福祉省長官はここに保健・社会福祉省の類似の計画に充当される基金を当該目的に使用する権限を付与される。ただし、当該合意に従って支払いを行う当該権限は、あらかじめ歳出配分法によって規定された範囲及び総額でのみ有効である。

- (b) (本編第13条に基づく歳出配分の権限付与)<sup>13)</sup>

本章の目的のための基金は、本編第13条〔インディアン問題局による歳出

---

13) Act of Nov. 8, 1978, Pub. L. No. 95-608, title II, § 203, 92 Stat. 3076; Act of

配分の歳出〕の規定に従って充当され得る。

第1934条 （一定の目的のために定義される「インディアン」）（第204条）

本編第1932条及び第1933条の目的にとって、「インディアン」とは本編第1603条第c項〔第160条第13号（複数インディアン又はインディアン）〕において定義される人を含む。

### 第3節 記録の保存、情報の利用及び予定表

第1951条 （利用可能な情報及び長官による開示）（第301条）

- (a) (終局判決又は命令の写し; 他の情報; 匿名の宣誓供述書; 情報自由法からの免除)

1978年11月8日以降のインディアン児童の養子縁組による保護監護権の移動について終局判決又は命令を登録する州裁判所は、以下の各号に定める事項を立証に必要とされ得る他の情報と共に当該終局判決又は命令の写しを長官に提出しなければならない。

- (1) 児童の氏名及び部族の所属
  - (2) 生物学上の両親の氏名及び住所
  - (3) 養親の氏名及び住所
  - (4) 当該養子縁組による保護監護権の移動に関連する綴り又は情報を保有する機関の身元裁判所記録が、身元が秘密とされる生物学上の親又は両親の宣誓供述書を含む場合、裁判所は他の情報と共に当該宣誓供述書を入れなければならない。長官は、当該情報の秘密性を保持することを確保しなければならない。当該情報は修正情報自由法（合衆国法律集第5編第552条）の適用を受けないものとする。
- (b) (インディアン児童の部族への登録又は構成員の権利若しくは利益の決定のための情報開示; 登録資格の証明)

18歳以上の養子縁組されたインディアン児童の請求に基づいて長官は、当該児童が登録資格がある部族に当該児童を登録するために必要とされる情報又は当該構成員資格と関連する権利若しくは利益を決定するために必要とさ

れる情報を開示しなければならない。当該児童に関する書類が匿名を要求する生物学上の親若しくは両親の宣誓供述書を含んでいる場合、長官はインディアン児童の部族に対して、情報が正当である場合には児童の血統及び他の誕生の状況が当該部族によって確立された判断基準の下で当該児童に登録資格を与えるものであることを証明しなければならない。

#### 第1952条（法規）（第302条）

1987年11月8日後180日以内に長官は、本章の規定を執行するために必要とされる法規を公布しなければならない。

### 第4節 雑則

#### 第1961条（地方の便利な通学学校）（第401条）

##### (a)（合衆国議会の認識）

地方の便利な通学学校の不在がインディアン家族の崩壊に寄与している可能性があるとするのが、合衆国議会の意見である。

##### (b)（合衆国議会への報告書；内容等）<sup>14)</sup>

長官は、保健・社会福祉省内の適切な機関との協議の上、インディアン児童にその家庭に近接する学校を提供することの実現可能性に関する報告書を準備し、当該報告書を合衆国上院インディアン問題選抜委員会及び合衆国下院内務・島嶼問題委員会に1987年11月8日以後2年以内に付託する権限を付与され、及び指図される。この報告書作成に当って長官は、初等級の児童のための教育施設の提供について特別の配慮を払わなければならない。

#### 第1962条（削除）（第402条）

〔内務長官は、1978年11月8日以後60日以内に本章の写しを委員会議事録及び本章の規定の説明と共に、各々の州の知事、最上級審裁判所裁判官及び司法長官に送付するものとする。〕

#### 第1963条（可分性）（第403条）

本章のいずれかの規定又はその適用が無効とされた場合、本章のその他の

---

14) Act of Nov. 8, 1978, Pub. L. No. 95-608, title IV, § 401, 92 Stat. 3078; Act of Oct. 17, 1979, Pub. L. 96-88, title V, § 509(b), 93 Stat. 695.



規定はそれによって影響されるものではない。



依之、御届申上候、以上、

十二月二日

秋元攝津守

科人 源 藏

丑七十七才

右者攝津守領分出羽國村山郡山形上町、町人清次郎と申者之弟ニ而御座候、此者疑敷様子相見得候ニ付、  
 取捕遂詮義候處、小盜等仕當七月廿六日家來長屋江附火候旨及白狀候、尙又吟味仕候處、右之通ニ而同類  
 も無之段明白ニ相知申候、尤、火ヲ付候儀紛無御座候、以上、

秋元攝津守家來

十月二日

尾崎源藏

右者明和六丑年十月二日、御用番松平右近將監様江被差出、相濟候趣承知仕候、以上、

松平内膳正家來

十一月廿三日

小野繁右衛門<sup>(マ)</sup>

一右翌廿四日松平周防守様々御呼出ニ而、添役成瀬又右衛門罷在候處、御用人高濱丞右衛門ヲ以、昨日火罪之儀  
 被仰聞承届候旨被仰出候、

一右被 仰渡候趣於御在所御承知之上爲御挨拶御使者ニ差出候由、

一三二 元祿十一年七月

御書逆罪之者、火付等他處江障不申候ハ、自分仕置ニ可仕旨被 仰出在之、

一三三 明和三年十一月廿三日

松平内膳正様左之御届書并御留主居名前々書付一通、例書一通御用番周防守様江御留主居小野繁左衛門持參、御用人林良藏江差出候處、周防守様御請取被成候段、同人被申聞之、

私在處豫州今治領分ニ而先頃火付仕候者在之詮儀之上相知申候、右之者於在所火罪可申付與奉存候、依之、御届申上候、以上、

十一月二日 在所日附

松平内膳正

科人

半 藏

戊二十四歳

右者内膳正領分伊豫國越知郡今治城下、室屋丁半助與申者之養子御座候、此節疑敷様子ニ相見得候ニ付、取捕遂詮義候處、小盜等仕當三月廿四日夜城下町屋江附火仕候、同月廿九日夜同町屋江火を付、六月十四日曉同町屋江火を付候旨及白狀候間、尙又吟味仕候處、右之通ニ而同類も無御座候段明白相知申候、尤、火ヲ付候儀粉無御座候、以上、

十一月廿三日

松平内膳正家來

小埜繁右衛門

例書

私在所羽州山形領分ニ而、先頃火ヲ付仕候者有之、詮義之上相知申候、右之者於在處火罪可申付奉存候、

# 一三〇 安永五申年三十八日

本多彈正少弼様御領分ニ而敵討在之左之通御用番田沼主殿頭江被差出之

私領分陸奥國菊田群中田村之内、五郎橋と申處岩城筋往還ニ而、當月十八日晝時頃、親之敵打留候者在之候段、村役人共訴出候ニ付、在處家來罷越相糺候處、土屋市之丞知行處野州芳賀郡父谷村百姓又右衛門悴彌藤治丹治ト申者ニ而、十三年已前申五月廿二日夜、又右衛門を同村百姓左十郎及殺害立退候ニ付、右敵左十郎見當次第討果申度段地頭江相願、三奉行處江相屈、町奉行處ハ書付相渡候得共、其節彌藤治ハ十二才、丹治ハ九才ニ而、兩人共幼年之事故早速不罷出、是迄所々ニ而劍術等稽古仕候内、左十郎岩城邊徘徊仕候趣承候間、當三月三日村方を罷出、岩城往還心掛罷在候處、左十郎ニ行逢候間、遂本意候由兩人申出候、脇差斗帶罷在討留候節之始末、委敷ハ不申越候得共、首打落兩人處持仕居候ニ付、村方ニ差留置左十郎胴ハ假埋仕處持之脇差并懷中仕候鼻紙、キセル、タバコ入等預置候旨申越候間、市之丞江掛合候處無相違由申聞候、如何取計可申哉奉伺候、以上

三月卅日

本多彈正少弼

御附札

土屋市之丞江掛合候上、父谷村ハ村役人迎ニ參次第、彌藤治、丹治并致處持候左十郎首共ニ引渡、胴ハ取捨、兩人脇差取上ケ、懷中之品ハ取捨候様可被致候、

# 一三一 (年月日欠)

牧野遠江守様於御在處、重キ御仕置被 仰付、獄門ニ被行候而も御屈不被成旨、尤、御領内御仕置場往還ニ而御仕置之上、當人之居村頼亦者町ニ而候得者、其者之居候地内江獄門ニ掛申候、右之通ニ而御屈等不被致、前々ハ右之通御勝手次第之御取計被成相濟候由、

申上候、被成御差圖可被下候、以上、

六月七日

大久保伊豆守

## 二二八 享保頃

松平伊賀守様御在所ニ而、一三九丸之外ニ在之候御居處焼失ニ付、御建被成候ニ付、御届ニ及聞敷哉、松平左近將監様<sup>オキマ</sup>五易ニ付、御内意御伺候處、御竝も有之哉承合候様被 仰出ニ付、牧野駿守様承合候處、先年焼失已後御城普請之御願以 仰上相濟候事故、御伺不被成候由、其段左近將監様江申上候得共、御用番江御届及聞敷旨、御挨拶之由伊豆守様御留主居々山川判藏承候、

## 二二九 安永四未年

松平大和守様嶋原江御處替之時、正月廿五日嶋原城引渡定日之處、大和守様宅江聞合候節左通

上使二月廿八日、小倉驛御出立之御様子相聞候得共、二月四日嶋原御到着ニ可有御座哉、其上ニ而定日をも被 仰渡、同六日御引渡ニ可相成哉與奉存候、正月廿八日迄御着無御座段申越候ニ付、御延着之趣御用番様江今夕御届仕候心得ニ御座候、則御届書寫入御覽候、

肥前國嶋原城正月廿五日引渡定日御座候處、去月廿八日迄小笠原三右衛門、伊藤監物彼地江到着無之段、家來共ニ申越度、此段申上置候、以上、

二月十二日

松平大和守

此方存寄も無御座候ハ、何分内談ニ被致度旨申來候、

右之通申來、最初領分ノ者御他領江被召捕候節さへ、御用番様へ御届致候積之處、御他領之者致殺害候趣致承知候上ハ、尙更御届いたし候筋ニ相成候、然處、御先方々内々被申聞候ハ、右一件權右衛門方江御間合有之候所、他領之者御召捕御仕置等被 仰付候義、表立候而ハ甚六ヶ敷筋難捨置候間、何レニも内分ニ而被取扱候様御内意御座候由ニ付、内濟被致度趣段々被申聞、此方ニ而も内分ニ而相濟度候得共、御他領入合セ其上殺害一件之儀、後難之程取計致迷惑候、格別之御先方之義、且權右衛門方々内濟之義、御内意有之由相談被申聞、先御届之義暫見合罷在候、右一件致内濟置、後々萬一表立候節申披有之様、當時取計方も可有之哉之事、

正月

右書附ニ而承合候處、殺害人之儀、何レニも内濟と申儀無之御届申候、然者挨拶申來ニ付、安藤彈正少弼様江御留主居大久保長兵衛罷越、御内意相伺候處、彈正少弼様直々御逢、兎角御届無之候而ハ不相濟候儀、御先方江も御内々御談可被成候間、左様相心得候様被 仰聞候由、

一 六月廿一日御用番周防守様江御届申上候處、御吟味之儀、安藤彈正少弼様江被成御達候ニ付、可得御意旨御附札相濟、兩人安藤様々御呼出ニ相成、尤、水戸様々も同日御城附ヲ以、於 御城御用番様江御届書御差出被成候事、

私領分下野國芳賀郡八半時、百姓新五郎、五郎左衛門江尋候義在之由ニ而、去辰七月中水戸殿御役人方江呼出在之候間、差遣其後掛合候處、新五郎儀、水戸殿領分常陸國那何郡本來崎村醫師覺養粹壽本を致殺害、五郎右衛門も右江抱候得共、重き科之者とハ無之由ニ而、先達而五郎右衛門ハ相返候間、入牢申付置、尙又掛合之上、今般新五郎も引渡候ニ付、入牢申付置候、水戸殿領分引合之者之儀ニ御座候間、此段御届



義ハ行届不申候間、領分之内之義ニハ御座候得共、於奉行所尙又吟味之上、尋等之義被 仰渡御座候様願上候、以上、

月

黑田大和守

## 二二七 (年月日欠)

大久保伊豆守様御領分百姓、水戸様江被召捕、依之、沙汰も無之、伊豆守様る山邊主水正様江内々掛合候處、最早水戸御家風ニ而、他領之者召捕候而も何方江も沙汰無之旨答ニ付、御用番様江御届申上候趣、追而内濟之義申來候ニ付、御勘定留役江得内意候趣左之通

領分村方江御三家様方之同心罷越、百姓五郎右衛門、新五郎ト申者兩人召捕連歸候處、其後何ノ方々も一向案内も無之候、領分之百姓御他領江被召捕候義ニ而、御用番様江御届申上候御積ニ相成、御先方江被召捕候譯合、書中ニ而承合候處、返書ニ御領分之變死有之、右江抱候故召捕遂糺明候ニ付并吟味書來候趣左之通、

先方御領分郷醫壽本と申者右途中ニ而致口論候處江領分百姓新五郎と申者行掛り右壽本兼而知人ニ付雙方引分申候處致立腹新五郎宅江踏込同人兩親、娘江手疵爲負、夫々他村江參其處ニ而も無故疵付候ニ付打寄捕、番人等付置候處江新五郎罷越番人江致相對壽本を山中江連行致殺害掘埋、村方江ハ取缺候趣ニ申觸候旨及白狀候、尤、新五郎未タ御仕置之程も相究不申候、五郎右衛門義ハ掘埋候節手傳候ニ付、御領分追放被仰付候由、

一新五郎儀、兩親、娘江疵附候節、其場處ニ而壽本を致殺害候て、少々譯合も可有之處、隱忍候而致殺害候義、不届之旨吟味書ニ有之、

一新五郎儀、兩親、娘、壽本とも爲手負候疵療治相見候、癒寄快方候所、餘病差發相果候、右新五郎義ニ付、

## 二二六 (年月日欠)

松平右近將監樣御在處ニ而、百姓九十人斗申合、庄屋ヲ潰可申積申合之處相顯、窄舍被 仰付候處、訛言ニ而御免、殘貳拾人斗も相成候内、御詮義之上御免ニ而、三人田地取上追放被成候處、其者江戸へ罷出、寺社御奉行井上河内守樣江願出候間、御吟味之上、右近將監樣御留主居被召呼、御領分之者訴狀差出候間、其元江相渡候由被 仰渡候間、成程其者領分之者ニ御座候へ共、不屈有之詮儀、住處拂ニ申付候旨申、其時分之義一々書付持參差出候處、夫ニハ及不申ニ而、直々被引渡候間、御留主居申候者、左候ハ、此者義ハ無宿者之格ニ而、御渡被成候哉ト申處、其通ニ候由申候間、左候ハ、繩を掛候段申、腰繩致召連罷歸、御在處江被遣窄舍被 仰付、

私領分武州兒玉郡太駄村百姓勘十郎義、去丑十二月中缺落仕候ニ付、村役人共ヘ日限尋申付候得共、行衛不相知旨申聞候ニ付永尋申付、勘十郎女房とよ、同人悴友次郎ハ、其儘百姓相續仕罷在候處、當月三日夜友二郎<sup>(マ)</sup>方江勘十郎參、友二郎<sup>(マ)</sup>ト口論之上疵請馳出し致氣絶、友次郎ハ缺落致候ト見得、行衛不相知旨村役人訴出候ニ付、家來罷越疵處見届相糺候處、右之通勘十郎參歸村相願度旨申候ニ付、致缺落村方を乍爲騷參候段、不得其意歸村願不相濟内ハ、一夜も難差置旨友次郎申候ニ付、登<sup>(マ)</sup>よも申有爲一宿候處、翌四日朝口論之上友次郎額を勘十郎火鉢ニ而打候處、側ニ有之眞木ニ而勘十郎額を友次郎打疵爲負候得者、親江對致手向疵付候段不屈ニ付、五人組江相斷候旨勘十郎驅出、友次郎も引續驅出、とよも跡參候處、勘十郎四丁餘參坂中ニ而轉氣絶候故驚聲立、村方之者共驅付候間、醫師を呼寄氣付相用、村方之者致介抱、友次郎方江連參服藥等爲致候、然所、友次郎ハ直々缺落致候哉、行衛不相知旨とよ申之、村役人とも申口符合仕候ニ付、友次郎へ尋申付置候、然所、勘十郎儀養生不相叶同七日夜相果申候、右之通友次郎義親江疵付缺落致、勘十郎儀右養生不相叶相果候上ハ、親殺ニ御座候間、領分之義ハ嚴數尋申付置候、登<sup>(マ)</sup>よ井村方之者共申口差當怪敷儀も相聞得不申候得共、尋等之

一二四 寛政八辰年七月朔日

御用番松平伊豆守様江

例年在處之干鯛五月中獻上仕候處、當年ハ今以爲差登不申候、着次第獻上可仕候得共、及三ヶ月候ニ付、此段御届申上候、以上、

七月朔日

牧野備前守

一二五 寶曆七巳年十二月廿四日

二條御番筒井主稅様、勝次郎右衛門様御下り、

長崎驛御止宿之處、主稅様兼而御病氣之處、夜中ハ不被成御勝、廿六日晝御死去、依之、三月卅日道中掛御勘定奉行曲淵豐後守様江御届書被差出、

一宿役人共ハ御注進書寫、

一勝次郎右衛門様御家來江、筒井主稅様相伺候醫者共ハ口上書寫、

一勝次郎右衛門様御家來江、宿役人ハ口上書寫、

一宿支配役人ハ、御療治仕候町醫者ハ之口上書寫、

一筒井主稅様御家來ハ葬御寺江口上書寫、

一勝次郎右衛門様御家來ハ、筒井主稅様葬候寺ハ口上書寫、右六通持參、

寶曆三酉年石川主殿頭様御領分關宿、太田攝津守様御城下掛川宿ニテ、御番衆病死在之候節、御用番様江一向御届無之故、其御例ニテ御届無之、且道中掛大目付様江も、石川主殿頭ニても一ヶ處ハ斗御届之由ニ而、其御例ニ而御届不申旨、御用人江無急度及物語候、

八月廿四日

松平右近將監

同廿四日御付札

伺之通たるべく候、

一一三 寛政十二申年

御用番太田備中守様江差出

在處之大和柿、例年此節獻上仕候處、不熟ニ付獻上難仕、依之、爲替在處之小豆獻上仕度、此段奉伺候、以上、

十月七日 在處之日附

遠山 左吉

翌十六日御附札

伺之通小豆可有獻上候、

一一三 寛政十二申年十一月廿五日

御用番安藤對馬守様表御玄關江罷通御用人迄被差出候處、翌廿六日御呼出、御附札ニ而御差圖有之

私儀、在邑中斗十一月中隔年獻上物仕來候、然處、當年參勤順年ニ御座候得共、追々御届申上候通持病ニ付、今以在邑罷在、最早十一月中參勤も難相成御座候、依之、右獻上物如何可仕哉、此段奉伺候、以上、

十月廿三日 在所之日附

鍋島和泉守

御附札

在邑年之通可有獻上候、

然處、右栗之義、先年〆在處度々出水二而不熟仕候ニ付、追々爲植立種々手入等申付置候處、天明六年大水後〆尙又年増々木拔も相減、枯木多罷成最早廿ヶ年程も出來兼、年々御斷申上候義御座候、右之通ニ付、迎も前々之通獻上可仕躰無御座間可相成義御座候ハ、是迄年々相伺御差圖之上引替獻上仕來候通、當年〆已後栗爲代小豆一箱宛毎年獻上仕度奉存候、年々引替之義奉伺候も恐入奉存候ニ付、此段奉伺候、以上、

九月十一日

土屋但馬守

御附札

伺之通小豆可有獻上候、

御例書相添、

右御差圖濟立戻御請御使者勤、

右ニ付水野出羽守様江左之通、

私在處之栗前々此節獻上仕來候處、近年不熟ニ付跡目文言、當年〆已後栗爲代小豆一箱宛毎年獻上仕度段、御用番松平伊豆守殿江相伺候處、伺之通獻上可仕旨御差圖相濟申候、此段御届申上候、以上、

九月十二日

土屋但馬守

一一一 寛政十二申年

御用番戸田采女正様江左之御願書、佐々木源四郎持參差出候處、御附札濟

元祖右近將監并祖父右近將監參勤御禮相濟、文照院様御靈前江白銀一枚宛獻備仕候、二代目肥前守亡父右近將監參勤御禮後獻備之義、度々類焼之節記録消失仕候而相知不申候、私儀、今度參勤仕候ニ付、前々之格も御座候ニ付可相成候ハ、當年〆年々參勤之節、御香奠白銀一枚獻備仕度奉願候、以上、

## 一一九 寛政十二申年

御用番戸田采女正様江左之通被差出候處、即夕御附札

例年此節兩御丸江獻上仕候在處之鹽鮎、當年ハ先達而申上候通、出水故取兼拂底御座候由ニ而數少々差越申候、其上下大小相交不揃ニ而御座候得共、例年差來候產物之義御座候間、負數ハ例年ノ相減差上候而も苦ケ間敷哉、此段奉伺候、以上、

八月廿四日

土井能登守

御附札

減少候共鹽鮎可有獻上候、

但、例年之負數、當年之減少之負數、別紙出ス、

同廿五日朝水野出羽守様江御届差出、

例年此節兩御丸江獻上仕候在處之鹽鮎、當年ハ先達而出水ニ付、取兼拂底御座候由ニ而、數少く差越申候、大小相交不揃ニ而御座候得共、例年差上來候產物之義御座候間、負數ハ例年ノ相減候而も苦ケ間敷哉之段、御用番戸田采女正殿江相伺之處、減少候とも鹽鮎獻上可仕旨御指圖御座候、此段申上候、以上、

八月廿五日

土井能登守

## 一二〇 寛政十二申年九月五日

伊豆守様御勝手江罷出、左之通御伺書入御内覽候處、同十日思召も無御座候間、御表江差出候様被仰出候ニ付、十一日朝差出候處、翌十二日夕御附札相濟申候

私在處之栗、前々此節 公方様、大納言様江獻上仕來候處、近來不熟ニ付、其節々奉伺小豆引替獻上仕候、

御附札

伺之通可有獻上候、

例書

寛政四子年三月十六日、左之通伺書御用番松平伊豆守殿江差出候處、伺之通獻上可仕旨御差圖相濟候由ニ御座候、

例年四月中在所之栗獻上仕候處、當年ハ閏月御座候ニ付、此節在處<sub>ル</sub>着仕候、四月迄差置候而ハ損候程難斗御座候間、不苦候ハ、當月中獻上仕度此段奉伺候、已上、

三月十六日

小出對馬守

右之通御座候、已上、

閏四月

安部伊勢守

同十日御附札濟ニ而、水野出羽守様江左之通、

例年五月中私在處之淋筵獻上仕候處、當年ハ閏月御座候ニ付、此節在處<sub>ル</sub>着仕候、五月迄差置候而ハ星入蟲喰等難斗御座候間、不苦候ハ、當月中獻上仕度奉存候旨、御用番戸田采女正殿江相伺候處、伺之通獻上可仕旨御差圖相濟申候、此段御届申上候、以上、

閏四月

阿部伊勢守

右之通差出候處、水野様御不快ニ而戸田様江差出相濟申候、

一一八 天明六年十二月廿九日

土方彦吉様御家督御禮前ニ付、年頭御獻上物御伺被成候處、獻上ニ不及旨御差圖、



## 一一六 寛政十二申年

御用番戸田采女正様江左之通

例年此節獻上仕候私在處之鱗剝小鯛獻上仕度、去ル三日奉伺候處、見合候様御差圖御座候、然處、日間相立色合替獻上難仕御座候、依之、當年ハ在處之黒大豆引替獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

閏四月六日

牧野佐渡守

御附札

伺之通黒大豆可有獻上候、

同廿七日御附札濟、即日水野出羽守様江御届書左之通、

例年此節獻上仕候私在處之鱗剝小鯛獻上仕度、去ル三日御用番戸田采女正殿江相伺候處、見合候様御差圖御座候、然處、日數相立獻上難仕御座候、依之、當年ハ在處之黒大豆引替獻上仕度段、采女正殿江相伺候處、伺之通在處之黒大豆獻上仕候様御差圖相濟申候、此段御届申上候、已上、

閏四月七日

牧野佐渡守

## 一一七 寛政十二申年

御用番戸田采女正様江如左差出候處、同十日御附札濟

例年五月中兩御丸江在處之淋筵獻上仕候處、當年ハ閏月御座候間、此節在處<sub>方</sub>着仕候、五月迄差置候而ハ星入蟲喰等難斗御座候間、不苦候ハ、當月中獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

閏四月七日

安部伊勢守

## 一一四 寛政九巳年五月三日

御用番太田備中守様江御差出、即夕付札濟

大納言様江

鹽鯛

一箱

御樽代

千匹

右之通去月廿一日、御移徙爲御祝儀獻上可仕處、私儀、庖瘡相煩日數相立不申候ニ付差上不申候、其後日數相立候得共、忌中罷在不奉伺候、今日忌明申候ニ付獻上可仕哉、此段奉伺候、以上、

五月三日 松平久五郎

御附札

伺之通明四日可有獻上候、

## 一一五 寛政十一未年正月

御用番戸田采女正様江、并西丸方水野出羽守様江

私儀、痔疾今以相勝不申候ニ付、來元日登 城不仕候、依之、大納言様江年頭御禮以使者御太刀目錄獻上可仕處、娘義庖瘡相煩候間獻上不仕候、三番湯相濟候ハ、可奉伺候、此段御届申上候、以上、

十二月卅日

本庄近江守

但、御同居御看病も被成候由、

鍋次郎儀、去月廿八日初而 御目見相濟申候、未々五節句月次出仕之義不奉願候得共、今般 御臺樣御紋位之御祝儀獻上物如何可仕哉之段、御用番安藤對馬守樣江相伺候處、竝之通獻上可仕旨御差圖ニ付、此段申上候、以上、

三月廿六日

堀田相模守家來

榎村源兵衛

右之趣鍋次郎名前ニ而、御表<sub>レ</sub>可申上筋ニ御座候哉之段、對馬守樣御勝手江罷出候節、御内々相伺候處、不  
及其儀旨公用人中被申聞候ニ付、此方樣江も御勝手江罷出候旨申述、

### 一一三 寛政九巳年三月朔日

安部駿河守樣御到着ニ付、同廿五日在着御使者玉井平助同道、御用番松平伊豆守樣江御連狀并獻上伺小目錄御  
取次江差出、暫扣罷在候處、明日ハ紅葉山 御成被 仰出殿中御清メニ付、還御後獻上候樣御差圖相濟申候、  
右ニ付西丸方水野出羽守樣江參上、御格狀并 大納言樣江之獻上伺小目錄差出候處、御本丸御同割被獻候樣御  
取次ヲ以被 仰出候、

但、水野樣江罷出候節、御取次迄申達候者、明日獻上之義御用番樣へ奉伺候處、明朝紅葉山 御成ニ付、  
還御後獻上候樣御差圖相濟申候、此旨各樣迄御心得迄ニ御咄申置候段申述之、

同六日在着使者同道五半時出宅、和田倉御厩前ニ扣居、四時迄還御相濟、早速 御城中之口江罷出候處、即刻  
獻上相濟退引、

私嫡子松太郎并二男新三郎儀、庖瘡仕候ニ付被 仰出候 御臺樣御紋位爲御祝儀、大納言樣江獻上物如何可仕哉、此段奉伺候、以上、

三月廿六日

山内攝津守

同名呼出ニ而、御用人端山孫太夫方ヲ以、左之通御口達、

庖瘡人ニ付仕立獻上之義相伺、去々卯年相達候趣ニ相心得可申候、

別ニ御書付、御伺書一通被差出候ニ付、御口達如斯御案文雜之部江記、

右御達ニ付、御出仕御獻上物被成候由、

一一二 寛政九巳年二月廿八日

堀田鍋次郎樣初而 御目見被 仰上、未夕五節句月次出仕之義御願不被成候處、此度 御臺樣御紋位之御

祝儀獻上物可被成や之旨、助御用番安藤對馬守樣御勝手江被差出由

鍋次郎儀、去月廿八日初而 御目見相濟申候、未夕五節句月次出仕之義不奉願候、右ニ付今般 御臺樣御紋位之御祝儀獻上物如何可仕哉、此段各樣迄御内意奉伺候、以上、

三月廿六日

堀田相模守家來

梅村源兵衛

口達ニ而候得共、心覺書遣候旨ニ而、御用人端山孫太夫方ヲ以被 仰出、

伺之趣并之通獻上可有之事、

右差出、尙又鍋次郎名前ニ而、御表々伺書可差出哉ト伺候處、夫ニハ不及旨被申聞候、

一同日水野出羽守樣御勝手江、左之書付被差出、

十二月廿七日

安部伊勢守

右例書も致用意候得共、御尋無之候ニ付不差出、

御附札

伺之通可有獻上候、尤、差出候前日可被申聞候、

右伺御差圖有之候ニ付、同夕左之通采女正様并出羽守様江差出、

歳暮之御祝儀

公方様

若君様江御時服

二

御臺様江白銀

二枚

右之通明廿八日獻上仕候、以上

十二月廿七日

安部伊勢守

出羽守様江左之通、

歳暮之御祝儀

若君様江御時服

二

右之通明廿八日獻上仕候也、

十二月廿七日

安部伊勢守

一一一 寛政九巳年三月

助御用番安藤對馬守様江

挽拔蕎麥

一箱

歲暮御祝儀

御小袖

貳

右獻上之義、私四男岩吉儀、庖瘡三番湯今日迄<sup>二</sup>而相濟候間、明日獻上可仕哉、此段奉伺候、以上、

十二月廿七日

松平玄蕃頭

御附札

伺之通可有獻上候、

右之通御差圖相濟、翌廿八日獻上相濟候、

一西丸御附水野出羽守樣江、寒中挽拔蕎麥并歲暮御時服獻上御屈被差出候、尤、御用番樣江被差出候通<sup>二</sup>而未文

言左通、

庖瘡三番湯相濟候<sup>二</sup>付、御用番江相伺候處、伺之通獻上可仕旨御差圖御座候、此段御屈申上候、以上、

十二月廿七日

松平玄蕃頭

一一〇 寛政八辰年十二月廿七日

御用番戸田采女正樣江被差出、即夕御附札

歲暮之御祝儀

公方樣 若君樣江御時服

御臺樣江白銀獻上之義、私産穢罷在候<sup>二</sup>付、差扣候段先達御屈申上候、今日産穢明候間、右獻上之義如何

可仕哉、此段奉伺候、以上、

## 諸家例叢 二

一〇九 寛政八辰年十二月

御用番戸田采女正樣江被差出、翌十六日御附札

若君樣江

挽拔蕎麥

一箱

右寒中ニ付此節獻上可仕候處、私四男松平岩吉儀、疱瘡相煩候ニ付獻上差扣可申哉、此段奉伺候、以上、

十二月十五日

松平玄蕃頭

御附札

三番湯相濟候ハ、可相伺候、

一同廿日御同處樣江被差出、

若君樣江

御小袖

二

右歲暮之御祝儀獻上可仕候處、私四男松平岩吉儀、此節疱瘡相煩候ニ付獻上不仕候、三番湯相濟候ハ、可奉伺候、此段御届申上候、以上、

十二月廿日

松平玄蕃頭

一同廿七日御同處樣江被差出、即夕御附札相濟、

若君樣江

寒中ニ付



諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（五）

小島 信 泰 編著

目次

序言  
凡例  
本文

諸家例叢 一（一号～四〇号まで第四六卷第二・三合併号、四一号～五五号まで第四七卷第一号、五六号～七七号まで第四七卷第二号）  
諸家例叢 二（七八号～一〇八号まで第四七卷第三号、一〇九号～一三三号まで本号）  
解題

\*【本誌に掲載した「諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕」（三）の訂正】  
「七四号」に一箇所ある新字体「双」を旧字体「雙」に訂正する。

# 創価大学法学会会則

施行	昭和46年4月	
改正	平成4年11月13日	平成5年12月3日
	平成15年2月19日	平成17年1月14日
	平成18年4月21日	平成18年12月15日
	平成19年2月20日	平成22年2月8日

(名称)

第1条 本会は、創価大学法学会と称する。

(事務所)

第2条 本会の事務局は、創価大学（以下、「本学」という。）法学部に置く。

(目的)

第3条 本会は、本学の建学の精神に基づき、法学及び政治学の研究の向上並びに学生の教育に寄与することを目的とする。

(会員)

第4条 次に掲げる者は、本会の会員となる。

(1) 教員会員

(ア) 学部教員会員 本学法学部教授、准教授、専任講師、助教及び助手

(イ) 大学院教員会員 本学大学院法学研究科担当教授、准教授及び助教

(2) 学生会員 本学法学部学生及び本学大学院法学研究科学生

2 前項に掲げる者の他、本会設立目的の趣旨に賛同する者は、第7条所定の総会の承認を得て賛助会員となることができる。

3 会員及び賛助会員は、所定の会費を納めなければならない。

4 名誉会員 本学法学部を退職し、名誉教授となった者は、原則として名誉会員とする。

(事業)

第5条 本会は、次に掲げる事業を行う。

(1) 機関誌「創価法学」の発行

(2) 講演会、討論会及び公開講座の開催

(3) 学業奨励のための事業

(4) その他の本会の目的を達成するに必要な事業

(機関誌)

第6条 機関誌には、教員会員の論文等を掲載する。

- 2 学生会員のうち博士後期課程に在籍する者及び博士後期課程退学後3年以内の者の論文については、編集委員会の委嘱する委員による査読を経てこれを掲載することができる。提出に際しては、指導教授の推薦を受けるものとする。
- 3 賛助会員及び名誉会員の論文等で特に有意義なものについては、第7条所定の総会の承認を得てこれを掲載することができる。
- 4 前3項以外の者の論文等で編集委員会が依頼したものについては、第7条所定の総会の承認を得てこれを掲載することができる。
- 5 会員、賛助会員及び名誉会員は、機関誌の配付を受ける。  
(総会)

第7条 本会の運営は、助教及び助手を除く教員会員の総会（以下、「総会」という。）によって行う。

- 2 総会は、少なくとも毎年1回開催する。
- 3 総会構成員の3分の1以上の要求があるときは、遅滞なく総会を開かなければならない。
- 4 総会の議事は、総会構成員の半数以上の出席する会議においてその過半数の賛成によって決し、可否同数のときは議長の決するところによる。  
(役員)

第8条 本会には、次に掲げる役員を置く。

- (1) 会長 1名
- (2) 副会長 1名
- (3) 委員 若干名
- (4) 監事 2名
- 2 会長は、法学部長をもって充てる。  
会長は、総会を招集してその議長となり、総会の決定を執行する。
- 3 副会長は、法学部長補佐をもって充てる。  
副会長は、会長を補佐する。
- 4 委員は、会の運営、企画、機関誌の編集、会計その他総会の委託を受けた事務を処理する。
- 5 監事は、会計を監査し、会計年度ごとにその結果を総会に報告する。  
(役員を選任等)

第9条 委員及び監事は、総会が会員の中から選任する。

- 2 委員及び監事の任期は、2年とする。ただし再任を妨げない。
- 3 委員又は監事が任期の途中で交替したときは、新任者の任期は、前項の

規定にかかわらず、前任者の残任期間とする。

(経理)

第10条 本会の経費は、会費、補助金、その他の収入をもって充てるものとする。

(細則)

第11条 この会則に定めるものの他、本会に関する事項は、総会が定める。

附 則（昭和55年5月23日）

本会則は、昭和55年5月23日から実施する。

附 則（平成4年11月13日）

本会則は、平成4年11月13日から実施する。

附 則（平成5年12月3日）

本会則は、平成5年12月3日から実施する。

附 則（平成15年2月19日）

本会則は、平成15年2月19日から実施する。

附 則（平成17年1月14日）

本会則は、平成17年1月14日から実施する。

附 則（平成18年4月21日）

本会則は、平成18年4月21日から実施する。

附 則（平成18年12月15日）

本会則は、平成19年4月1日から実施する。

附 則（平成19年2月20日）

本会則は、平成19年4月1日から実施する。但し、名誉会員に関する第4条及び第6条の規定については、遡及して適用する。

附 則（平成22年2月8日）

本会則は、平成22年4月1日から実施する。



# 創価大学法学会教員名簿 (50音順)

## [名誉会員]

板橋 郁夫 (創価大学名誉教授)  
川崎 一夫 (創価大学名誉教授)  
塩津 徹 (創価大学名誉教授)  
高橋 保 (創価大学名誉教授)  
千野 直邦 (創価大学名誉教授)  
松岡 誠 (創価大学名誉教授)

松田 佳久 (法学部教授)  
南方 暁 (法学部教授)  
三宅 利昌 (法学部准教授)  
宮崎 淳 (法学部教授)  
○山田 隆司 (法学部准教授)

## [賛助会員]

尹 龍澤 (法務研究科教授)  
上田 宏和 (通信教育部  
非常勤講師)  
岡本 梢 (法務研究科講師)  
嘉多山 宗 (法務研究科教授)  
吉良 貴之 (法学部非常勤講師)  
黒木 松男 (法務研究科教授、  
法学研究科長)  
小出 稔 (国際教養学部教授)  
小嶋 明美 (法務研究科教授)  
佐瀬 恵子 (法務研究科准教授)  
島田新一郎 (法務研究科教授)  
田村 伸子 (法務研究科准教授)  
長尾名穂子 (法学部非常勤講師)  
花房 博文 (法務研究科教授)  
藤井 俊二 (法務研究科教授)  
藤岡裕次郎 (法学部非常勤講師)  
藤田 尚則 (法務研究科教授)  
山田 竜作 (国際教養学部教授)  
◎法学会会長 ○編集委員

## [教員会員]

朝賀 広伸 (法学部教授)  
○飯田 順三 (法学部教授)  
池田 秀彦 (法学部教授)  
岡部 史信 (法学部教授)  
加賀 譲治 (法学部教授、  
法務研究科長)  
小島 信泰 (法学部教授)  
白石 正樹 (法学部教授)  
鈴木 美華 (法学部教授)  
◎須藤 悦安 (法学部教授、  
法学部長)  
土井 美徳 (法学部教授)  
○長田 秀樹 (法学部准教授)  
中山 賢司 (法学部准教授)  
中山 雅司 (法学部教授)  
西山 恭博 (法学研究科教授)  
花見 常幸 (法学部教授)  
前田 幸男 (法学部准教授)  
松田 健児 (法学部教授)

## 創 価 法 学 第 48 卷 第 1 号

平成30年7月20日発行

東京都八王子市丹木町1-236  
創価大学法学部研究室

編集代表 飯 田 順 三

東京都八王子市丹木町1-236

発 行 所 創 価 大 学 法 学 会  
代 表 須 藤 悦 安

電話 042-691-8915 (代表)

東京都八王子市追分町10-4-101

印 刷 所 株 式 会 社 清 水 工 房

電話 042-620-2626 (代表)

頒価 2,200円

# SOKA HOGAKU

## The SOKA Law Review

---

**Vol. 48 No.1**

**July 2018**

---

### Articles

- The Development of "Tribal Sovereign Immunity Doctrine"  
in the American Indian Law (3) ..... Hisanori Fujita ( 1 )
- Collateralization of Condition Right ..... Yoshihisa Matsuda ( 27 )
- The "Order" in Karl Mannheim's "Planning for Freedom": An investigation  
of his idea on intellectual elites in the Moot Papers (Part I)  
..... Ryusaku Yamada ( 67 )
- Defamation and Invasion of Privacy by Reporting a Crime Using  
Real Names of Suspects ..... Ryuji Yamada ( 87 )

### Note

- L'homme libéral  
— La philosophie politique de R. Polin XLII — ..... Masaki Shiraishi (121)

### Material

- The Indian Child Welfare Act of 1978 (ICWA) ..... Hisanori Fujita (151)

### Reprinting

- Reprint of Precedents of Various Feudal Lords (Daimyo 大名)  
〔Shokereiso 諸家例叢〕 Transcribed by Goro Ebata (江幡五郎):  
Two-Volume Books (5) ..... Nobuyasu Kojima (177)

---

Published by

**The Soka University Law Association**

Tokyo, Japan